

PRINCIPIOS DE LA CONTRATACION ESTATAL APLICABLES A LOS
REGLAMENTOS ESPECIALES DE CONTRATACION DE LA AGENCIA NACIONAL DE
HIDROCARBUROS

MÓNICA PALACIOS OVIEDO

Universidad del Rosario
Facultad de Jurisprudencia
Maestría en Derecho Administrativo
Bogotá D.C.

2016

PRINCIPIOS DE LA CONTRATACION ESTATAL APLICABLES A LOS
REGLAMENTOS ESPECIALES DE CONTRATACION DE LA AGENCIA NACIONAL DE
HIDROCARBUROS

MÓNICA PALACIOS OVIEDO

Director de Tesis

Dr. José Francisco Chálela Mantilla

Trabajo de grado para optar al Título de Magister en Derecho Administrativo

Universidad del Rosario

Facultad de Jurisprudencia

Maestría en Derecho Administrativo

Bogotá D.C.

2016

TABLA DE CONTENIDO

RESUMEN.....	1
ABSTRACT.....	2
PALABRAS CLAVES	3
KEY WORDS	3
INTRODUCCIÓN	4
 CAPITULO 1: PRINCIPIOS APLICABLES A LOS REGLAMENTOS ESPECIALES DE CONTRATACION	16
1. Principios aplicables por disposición expresa del Artículo 76 de la Ley 80 de 1993 ..	16
1.1 Principio de Transparencia.....	17
1.2 Principio de Economía	18
1.3 Principio de Responsabilidad.....	20
1.4 El deber de Selección Objetiva	21
2. Aplicación de los principios de la Función Administrativa en los reglamentos de contratación especial	21
2.1 Principios Funcionales de la Función Administrativa	23
2.1.1 Principio de Igualdad	23
2.1.2 Principio de Moralidad	24
2.1.3 Principio de Eficacia	25
2.1.4 Principio de Celeridad.....	25
2.1.5 Principio de Imparcialidad	26
2.1.6 Principio de Publicidad	27
2.2 Principios Organizacionales de la Función Administrativa	28
2.2.1 Desconcentración.....	28
2.2.2 Delegación de Funciones	29
3. Principios de la Gestión Fiscal aplicables a los reglamentos de contratación especial	30
a. Economía.	31
b. Eficiencia	31
c. Equidad	32

d. Valoración de costos ambientales	32
4. Principios Integradores de la Contratación Estatal igualmente aplicables a los reglamentos especiales.....	33
a. Principio de Autonomía de la Voluntad.....	33
b. Principio de Prevalencia del Interés Público	34
c. Principio de la Reciprocidad de las Prestaciones	34
d. Principio de la Buena Fe	34
5. Respuesta al problema General de la Investigación	34

CAPITULO 2: APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS PROPIOS DE LA CONTRATACION ESTATAL EN EL REGIMEN DE ASIGNACION DE AREAS

1. Estado propietario del subsuelo y recursos naturales no renovables	37
2. Régimen de administración y asignación de áreas para la exploración y explotación de hidrocarburos (Acuerdo 04 de 2012)	39
2.1 Proceso de selección visto desde las etapas de la Gestión contractual	40
2.1.1 Etapa Precontractual.....	40
2.1.1.1 Etapa de Planeación	40
2.1.1.2 Etapa de Selección Objetiva	51
2.1.1.2.1 Proceso Competitivo Abierto	51
2.1.1.2.2 Proceso Competitivo Cerrado	54
2.1.1.2.3 Proceso de Asignación Directa	54
Etapa Contractual y Post Contractual	55
3. Observancia de los principios en el reglamento de contratación especial para la asignación de áreas	56
3.1 Observancia al Deber de selección Objetiva.....	56
3.1.1 Criterios Habilitantes exigidos frente a los parámetros de la selección objetiva	57
3.1.2 Requisitos de Evaluación exigidos frente a los parámetros de la selección objetiva	62
3.2 Observancia del Principio de Transparencia.....	64
3.2.1 Establecimiento de modalidades de selección	65
3.2.2 Actuaciones públicas	66

3.3	Observancia del Principio de Economía	67
3.3.1	Estudios y Documentos previos	67
3.3.2	Análisis de Riesgos previsible en los términos del art. 4 de la Ley 1150 de 2007 70	
3.3.3	Cumplimiento del Deber de planeación propiamente dicho	73
3.4	Observancia al principio de Responsabilidad	77

CAPITULO 3: APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS PROPIOS DE LA CONTRATACION ESTATAL EN EL REGLAMENTO DE CONTRATACION MISIONAL..... 79

1.	Reglamento de Contratación Misional.....	79
1.1	Contratos regulados en el reglamento de Contratación Misional	80
1.1.1	Contratos de Gestión del Conocimiento.....	80
1.1.2	Contratos Vinculados a la Promoción de Áreas y a la Administración de Reservas	84
1.2	Modalidades De Selección.....	86
1.2.1	Invitación cerrada a presentar ofertas.....	86
1.2.2	Invitación Pública.....	89
1.2.3	Selección de Mercado	90
2.	Observancia de los principios propios de la Contratación estatal en el reglamento de contratación Misional.....	92
2.1	Observancia al deber de selección Objetiva en el reglamento de Contratación Misional	93
2.2	Observancia al Principio de Transparencia.....	95
2.3	Observancia del Principio de Economía	96
2.3.1	Estudios y Documentos previos	96
2.3.2	Análisis de Riesgos en el reglamento de contratación misional	98
2.3.3	Observancia al deber de planeación propiamente dicho	100
3.	Decaimiento Normativo del reglamento de Contratación misional como inobservancia del principio de responsabilidad.....	102

CAPITULO 4: AGENCIA NACIONAL DE HIDROCARBUROS ENTIDAD REGULADORA Y DE INSPECCION DE LA ACTIVIDAD HIDROCARBURIFERA	104
1. Acto de Creación y Modificación de la Agencia Nacional de Hidrocarburos	104
1.1 Objeto de la Agencia Nacional de hidrocarburos	106
1.2 Funciones de la Entidad	107
2. Contratos de exploración y explotación de hidrocarburos de propiedad de la Nación	109
2.1 Contratos de Exploración y Explotación	109
2.1.1 Clases de Contratos en los países productores de petróleo	110
2.1.2 Contratación en Colombia.....	113
2.2 Contratos Surgidos luego de la creación de la ANH	118
2.2.1 Contratos de exploración y producción - E&P.....	119
2.2.2 Contratos de Evaluación técnica - TEA	120
2.2.3 Contratos Especiales	121
3. Competencia de la entidad para la expedición de los reglamentos excepcionales	121
CONCLUSIONES	131
LISTA DE REFERENCIAS	141

RESUMEN

El estatuto de contratación administrativa (Ley 80 de 1993 y Ley 1150 de 2007) por regla general regula todos los negocios jurídicos que surgen de la actividad de la Administración Pública, pero teniendo en cuenta las actividades que desarrollan algunas entidades del Estado esta regla tiende a presentar excepciones, como es el caso de aquellas Entidades que tienen por objeto la Exploración y Explotación de los Recursos Naturales renovables y no renovables.

Estas entidades están facultadas legalmente para adoptar reglamentos internos en donde se establezcan las actividades para llevar a cabo contratos de exploración y explotación de hidrocarburos y sus actividades conexas de carácter industrial y comercial; reglamentos que por disposición legal deben desarrollar los principios de transparencia, economía y responsabilidad contenidos en el estatuto de contratación Administrativa (artículo 76 de la Ley 80 de 1993), de igual manera es deber de las mencionadas entidades dar aplicación a los principios de la función administrativa y de la Gestión Fiscal contenidos en los artículos 209 y 267 de la Constitución Política. (Artículo 13 de la Ley 1150 de 2007).

El principal actor del régimen excepcional de contratación para la exploración y explotación de hidrocarburos es la Agencia Nacional de Hidrocarburos (ANH), el cual cuenta con dos reglamentos de contratación especial para la asignación de áreas y de contratación misional, en donde por disposición legal debe dar aplicación a los principios de contratación contemplados en el estatuto General de la Contratación pública (Transparencia, economía, responsabilidad y el deber de selección objetiva), este trabajo de investigación procura realizar una mirada analítica a cada procedimiento para determinar con posterioridad el grado de acatamiento de la orden legal establecida en el artículo 76 de la Ley 80 de 1993 así como sus principales falencias.

ABSTRACT

The law that regulates government contracting (Ley 80 de 1993 y Ley 1150 de 2007) applies to all the legal business that have something to do with the public administration. Exceptions can be found, taking in account the special activities developed by some public institutions, such as the ones that regulate and manage the exploration and production of natural resources.

These public institutions are legally enabled to adopt internal rules where they regulate these special contracts, such as exploration and production contracts, and contracts for the development of related industrial and commercial activities. The internal rules, according to general law must always develop the principles of transparency, responsibility and economy embodied in the law that regulates government contracting (Ley 80 de 1993 y Ley 1150 de 2007). Also, they must apply the principles of the administrative function and fiscal management content in articles 209 and 267 of the supreme law (Constitution Politic), and the art. 13 Law 1150 de 2007.

The main actor of exceptional contracting schemes for the exploration and exploitation of hydrocarbons is the National Hydrocarbons Agency (ANH) which has two rules of special contracting for the allocation of areas and missionary contracting, and has legal disposition to give effect the procurement principles referred to in the General Regulations of public procurement (transparency, economy, responsibility and duty of objective selection). This research tries to make an analytical look at each procedure to determine after the degree of compliance with the legal order established in article 76 of Law 80 of 1993 and its main shortcomings.

PALABRAS CLAVES

Administración, Asignación de áreas, Actividades conexas, Contratación Pública, Contratación Misional, Exploración, Explotación, Economía, Hidrocarburos, Petróleo, Principios, Transparencia, Responsabilidad, Riesgos, Selección Objetiva.

KEY WORDS

Administration, assignment of areas related Activities, Procurement, Procurement Misional, Exploration, Exploitation, Economics, Hydrocarbons, Oil, Principles, Transparency, Responsibility, Risk, objective selection.

INTRODUCCIÓN

Por regla general, en Colombia, todo negocio jurídico en donde intervenga la Administración Pública a través de sus entidades estatales, entendidas como aquellas organizaciones administrativas en las cuales el Estado se encuentra sectorizado para el cumplimiento de sus objetivos, será de conocimiento del Estatuto General de la Contratación Pública y sus reglamentaciones¹ (Vizcaino Gamez, 2002); a su vez, se establece que los contratos que celebren las entidades del Estado deberán regirse por las disposiciones comerciales y civiles, salvo aquellas reguladas específicamente por la Ley 80 de 1993 (artículo 13 inciso 1 Ley 80 de 1993), lo cual implica que el clausulado de los contratos deben estar regidos por las normas pertinentes del derecho privado.² (Quintero & Mutis, 1995).

Esta uniformidad que pretende tener el estatuto de contratación no puede ser absoluta, en cuanto a que la variedad de actividades que desarrollan algunas entidades del Estado impone la aplicación de reglas especiales³ (Bendeck Olivella, y otros, 1995), como es el caso de la exploración y explotación de recursos naturales no renovables, en donde su régimen de contratación se encuentra exceptuado de la aplicación del mencionado estatuto, salvedad que se justifica en la necesidad de dotar a dichas entidades de mayor flexibilidad y autonomía en la contratación, con el fin de obtener el cabal cumplimiento de sus objetivos dentro de un marco de eficiencia, competitividad y agilidad.⁴ (Gaceta No. 296, 1993).

Los recursos naturales no renovables, aquellos que se caracterizan por que su existencia está dada en cantidades limitadas y no están sujetos a una renovación periódica que implica a su vez que estos se agoten por su consumo y que por lo tanto pueden concebirse

¹ Vizcaino, J. M., (2002) Manual De Procedimiento De La Contratación Estatal, Bogotá, Colombia: Legis. Segunda edición.

² Quintero, A. M., y Mutis, A. V., (1995), Los Contratos Del Estado En La Ley 80 De 1993. Bogotá, Colombia: Temis.

³ Bendeck, J., Latorre, J. A., Zalah, G., Vidal, J., Holguín, C., González, E., (1995), Comentarios Al Nuevo Régimen De La Contratación Administrativa, Bogotá: Ediciones Rosaristas. Segunda Edición.

⁴ Congreso De La Republica,(1993) Secretaria Del Senado, Gaceta No. 296, Bogotá

como ‘un capital natural que inevitablemente se irá consumiendo’⁵ (C-221/97), cuentan con gran importancia a nivel mundial, como actor fundamental dentro del fenómeno económico y político de globalización predominante, expresado en un amplia gama de decisiones políticas que tiene que ver con el control y acceso a estos recursos, los cuales se convierten en elementos vitales para el desarrollo político, social, económico y cultural de una comunidad; razón por la cual la exploración de los recursos naturales no renovables y las garantías para el ejercicio de su actividad productiva se constituyen en factores estratégicos de poder que no pueden desestimarse a la hora de planificar opciones estratégicas de un país.⁶ (Lahoud, 2004)

La Constitución Colombiana en los artículos 101 y 102 dispone que hace parte del territorio el subsuelo y los bienes públicos que de él forman parte⁷ (Constitución Política de Colombia, 1991); así mismo indica en el artículo 332 que el Estado es el propietario del Subsuelo y de los recursos naturales no renovables sin perjuicio de los derechos adquiridos y perfeccionados con arreglo a las leyes preexistentes⁸, de igual manera en el artículo 360 reserva al legislador la facultad de fijar condiciones para la explotación de los recursos naturales no renovables, estableciendo a su vez que la explotación de dichos recursos generara a favor del Estado, una contraprestación económica.⁹ (Constitución Política de Colombia, 1991). De esta manera la Constitución, al establecer de manera directa que el Estado es propietario del subsuelo y de la riqueza minera y petrolera, define a favor del ente

⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-221/97, Expediente D-1458, Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero, 29 de abril de 1997.

⁶ Lahoud, G.O, (2004) La Importancia De Los Recursos Naturales Renovables Y No Renovables Para La Defensa Nacional, IDICSO, Instituto De Investigación De Ciencias Sociales, Universidad Del Salvador, 2004. tomado de: <http://www.salvador.edu.ar/csoc/idicso>

⁷ ARTICULO 101. Los límites de Colombia son los establecidos en los tratados internacionales aprobados por el Congreso, debidamente ratificados por el Presidente de la República, y los definidos por los laudos arbitrales en que sea parte la Nación.

Los límites señalados en la forma prevista por esta Constitución, sólo podrán modificarse en virtud de tratados aprobados por el Congreso, debidamente ratificados por el Presidente de la República.

Forman parte de Colombia, además del territorio continental, el archipiélago de San Andrés, Providencia, Santa Catalina y Malpelo, además de las islas, islotes, cayos, morros y bancos que le pertenecen.

También son parte de Colombia, el subsuelo, el mar territorial, la zona contigua, la plataforma continental, la zona económica exclusiva, el espacio aéreo, el segmento de la órbita geoestacionaria, el espectro electromagnético y el espacio donde actúa, de conformidad con el Derecho Internacional o con las leyes colombianas a falta de normas internacionales.

ARTICULO 102. El territorio, con los bienes públicos que de él forman parte, pertenecen a la Nación.

⁸ Constitución Política, artículo 332. El Estado es propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables, sin perjuicio de los derechos adquiridos y perfeccionados con arreglo a las leyes preexistentes.

⁹ Constitución Política De Colombia, 1991

público la discusión sobre la pertenencia del petróleo y las minas existentes dentro de los límites de la República, por lo tanto los particulares no pueden reclamar derechos adquiridos o perfeccionados en materia de hidrocarburos¹⁰ (Mena, 2006), salvo, desde luego, cuando se demuestre la existencia de un título de propiedad de acuerdo con lo establecido en las leyes preexistentes y que para la fecha en que entro en vigencia la Ley 20 de 1969 ya existiera un descubrimiento tal como lo dispone el artículo primero de la ley en mención.¹¹ (Ley 20, 1969)

En la excepción planteada por el artículo 76 del estatuto de contratación se encuentran incluidos los procesos y contratos celebrados por La Agencia Nacional de Hidrocarburos para la entrega de áreas en donde se puedan desarrollar actividades exploratorias y de explotación de hidrocarburos de propiedad del Estado así como todos aquellos contratos para la comercialización de recursos naturales renovables y no renovables¹². (Bendeck Olivella, y otros, 1995); lo que le permite a la mencionada entidad crear sus propios reglamentos de contratación pero en observancia de los principios de transparencia, economía y responsabilidad y del deber de selección objetiva en la forma prevista en la Ley 80 de 1993, lo que nos conduce a plantear como objeto de la investigación la dicotomía presentada por el mismo estatuto en donde exime de la atención de las normas reglamentarias pero de igual manera exige la aplicación de principios en la forma prevista en la ley 80 de 1993 por lo que es interesante entrar a analizar de igual forma si es procedente en este tipo de reglamentos especiales la aplicación de aquellos principios que por remisión se aplican en la contratación estatal como por ejemplo aquellos propios de la función administrativa y de la gestión fiscal.

¹⁰ Mena, M.,(2006), Jaque Mate A ECOPETROL, Bogotá: 3R Editores.

¹¹ Ley 20 del 22 de diciembre de 1969, “Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre minas e hidrocarburos”; Artículo 1- Todas las minas pertenecen a la Nación, sin perjuicio de los derechos constituidos a favor de terceros. Esta excepción, a partir de la vigencia de la presente Ley, sólo comprenderá las situaciones jurídicas, subjetivas y concretas debidamente perfeccionadas y vinculadas a yacimientos descubiertos.

Artículo 13- Las normas contenidas en el artículo 1 de esta Ley se aplicarán también a los yacimientos de hidrocarburos.

¹² Bendeck, J., Latorre, J. A., Zalah, G., Vidal, J., Holguín, C., González, E., (1995), Comentarios Al Nuevo Régimen De La Contratación Administrativa, Bogotá: Ediciones Rosaristas. Segunda Edición

Problema de la investigación

Descripción del Problema

Como lo mencionamos en el aparte general, el artículo 76 de la Ley 80 de 1993 dispone que los contratos de exploración y explotación de recursos naturales renovables y no renovables, así como los relacionados a la comercialización y aquellas actividades comerciales e industriales propias de las entidades estatales competentes para el desarrollo de estas diligencias, continuarán rigiéndose por la legislación especial que les sea aplicable; de igual manera, faculta a las entidades, que dentro de sus funciones tengan el deber de desarrollar la exploración y explotación de recursos naturales, a determinar en sus reglamentos internos el procedimiento de selección de contratistas, sus clausulados y todos aquellos trámites que deban surtir para la celebración del respectivo contrato¹³ (C-949/01); todo esto bajo los principios de transparencia, economía y responsabilidad establecidos en el estatuto de contratación pública.

La garantía que pretendió el legislador blindar en el desarrollo de estos procesos de selección especiales está dada en la observancia de los principios establecidos en el estatuto de contratación pública referidos expresamente al deber de selección de objetiva, y los principios de transparencia, economía y responsabilidad, con el fin de lograr unos procesos que cumplan con las determinaciones de la administración y reflejen a su vez los medios más adecuados para el cumplimiento de los objetivos y fines del Estado, es decir propender por unos procesos adecuados, garantes, eficaces y eficientes.

El Decreto 1760 de 2003 creó la denominada Agencia Nacional de Hidrocarburos (ANH) como una Unidad Administrativa Especial, adscrita al Ministerio de Minas y Energía, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, modificada posteriormente por el Decreto 4137 de 2011 que la convierte en Agencia Estatal; su principal objetivo es la administración integral de las reservas y de los recursos hidrocarburiíferos de propiedad de la Nación; promover el aprovechamiento óptimo y sostenible de estos recursos y contribuir a la seguridad energética nacional; dentro de sus principales funciones se encuentran la administración de las áreas hidrocarburiíferas de la Nación y la asignación para su exploración y explotación, así como el diseño, evaluación y realización de estrategias de promoción para la exploración y explotación de hidrocarburos.

¹³ Corte Constitucional (2001), Sentencia C-949/01, Expediente D-3277, Sala Plena, Magistrada Ponente: Dra. Clara Inés Vargas Hernández, 5 de septiembre de 2001.

En aplicación de lo establecido por el artículo 76 de la Ley 80 de 1993 el Consejo Directivo de la ANH, expide el reglamento para la contratación de áreas para el desarrollo de actividades de exploración y explotación de hidrocarburos (Acuerdo 004 del 4 de mayo de 2012) el cual tiene por objeto principal fijar los criterios y el procedimiento de asignación de dichas áreas y los de selección de contratistas, procedimientos abiertamente diferentes a los establecidos en el estatuto general de la Contratación Pública.

De igual manera, y en atención al artículo citado, la misma corporación adopta un reglamento de Contratación Misional (Acuerdo 01 del 19 de febrero de 2009) que tiene por objeto regular la actividad contractual de la ANH necesaria para el cumplimiento de su objetivo misional de administración integral de reservas de hidrocarburos de propiedad de la Nación, en particular los requeridos para la evaluación, preparación, promoción y administración de áreas, con excepción de los contratos regulados mediante el régimen mencionado en el aparte anterior.

Los principios establecidos en el estatuto de contratación pública están dados para el cumplimiento de los fines estatales, así como la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados, por lo tanto la aplicación de estos principios buscan garantizar el interés general y la adecuada inversión de los recursos públicos; bajo esta premisa se puede entonces inferir que la exigencia efectuada por el legislador para que los reglamentos de contratación especial contaran con los principios establecidos en la ley suponen un marco a seguir tanto en las actuaciones de la administración, de los servidores públicos que la representa y de los mismos contratistas o inversionistas los cuales deben supeditarse al cumplimiento de los fines del estado.

Pero el artículo 76 de la Ley 80 de 1993 sólo hace una mención expresa a los principios de transparencia, economía, responsabilidad y al deber de selección objetiva, limitándolo legalmente solo a su uso y conocimiento y en los términos establecidos en esa ley, por lo que es indispensable entrar a determinar en primera medida la posibilidad de aplicar dentro de estos reglamentos especiales principios propios de la función administrativa que pueden afectar la relación contractual especial surgida considerando de manera específica que los principios ‘constituyen fuente formal para resolver situaciones o problemas concretos ante la falta o insuficiencia de reglas jurídicas’ ¹⁴ (Consejo de Estado, 2007).

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Ruth Stella Correa Palacio, 3 de Diciembre de 2007, Radicado Número: 11001-03-26-000-2003-00014-01

Ahora bien, los reglamentos especiales de contratación expedidos por la Agencia Nacional de Hidrocarburos, establecen las funciones y las actividades relacionadas con la gestión contractual para el cumplimiento del objeto y funciones propias de la entidad, las cuales deben ser cumplidas por sus funcionarios ejecutores de la manera allí prevista pero en observancia de los postulados legales establecidos a través de los principios de contratación, lo que nos conduce a indagar si estos procedimientos están impregnados de los requisitos exigidos en cada uno de los principios y a su vez entrar a verificar si la aplicación de los procedimientos no desconoce ninguno de sus postulados, esto con el fin de determinar si la gestión de administración en este caso es eficaz, en el sentido que satisface la necesidad de la administración y el interés general; eficiente, en donde la contratación se realizó en cumplimiento de procedimientos previos y con la menor inversión de recursos, y por ultimo efectiva es decir que la contratación impacte favorablemente la misión de la entidad y a través de su cumplimiento, a la comunidad que se dirige¹⁵ (Procuraduría General de la Nación, 2011); por lo que se hace interesante igualmente estudiar el impacto en el cumplimiento del deber publico exigido al desconocer el adecuado cumplimiento de los principios de la contratación pública.

Finalmente es preciso entrar a analizar si el destinatario de la norma, en este caso la Agencia Nacional de Hidrocarburos, en aplicación de las facultades otorgadas por la Ley y en cumplimiento de sus funciones ha expedido los reglamentos de contratación especial dentro del ámbito de su competencia, o si por el contrario existe una extralimitación en la interpretación de sus funciones otorgándose de por si actividades que por su naturaleza no le son propias, lo que puede llegar a indicar que el reglamento expedido bajo este vicio es completamente inoperante.

Justificación del Problema

El punto inicial para la delimitación del objeto de la investigación, tal como lo recomienda Ponce de León en sus estudios sobre metodología del derecho ¹⁶ (Ponce De Leon, 1996), es precisamente la consideración acerca de la importancia que tiene la realización de un buen proceso de selección para la escogencia de los inversionistas o en su defecto para la

¹⁵ Procuraduría General de la Nación y otros (2011), Recomendaciones para optimizar la gestión contractual de las entidades públicas que no se rigen por el estatuto general de Contratación Pública, Circular Conjunta No. 34 del 28 de octubre de 2011 de Procurador General de la Nación, auditor General de la República, Contraloría Departamental de Santander. Bogotá.

¹⁶ Ponce de León, Luis (1996). Metodología del Derecho. México DF: Editorial Porrúa SA.

realización de actividades conexas a la exploración o explotación de hidrocarburos, el cual deben enmarcarse bajo unos estándares de legalidad que están dados en los principios que rigen la contratación estatal, y que vienen a su vez a garantizar no solo una óptima etapa de planeación y selección sino que de igual forma contará con un éxito en la ejecución del contrato.

La observancia de los principios propios de la Contratación estatal en estos reglamentos especiales cobran gran importancia por su relación directa con la actividad hidrocarburífera del país, lo que implica, en especial en uno de estos reglamentos, la escogencia del contratista con quien se celebrará el contrato de exploración y explotación de hidrocarburos el cual define la relación directa entre la participación del estado en la renta y en algunos casos, en conjunto con la normatividad interna, la definición del desarrollo de la industria en el país¹⁷ (Ortiz, 2013); lo que nos conduce a argumentar que la actividad petrolera en Colombia es de suma relevancia dentro de la sostenibilidad económica del estado, en cuanto a que constituyen una importante fuente de ingresos tributarios, de generación de regalías y que tiene una participación porcentual importante en el producto interno bruto sin dejar de lado los aspectos de mejora de calidad de vida como es la generación de empleo y el conocimiento transmitido, por lo tanto los procesos de selección celebrados para la escogencia de futuros inversionistas deben responder a las necesidades del mercado pero sin desconocer los principios propios de la administración pública.

El tema de la aplicación de los principios de la contratación estatal en reglamentos especiales tiene importancia dado el interés que se posee de conocer si existe una transgresión en la estipulación de las normas especiales así como en su aplicación a los particulares y de igual manera poder analizar las posibles consecuencias que puede generar una indebida aplicación de estos principios. Cabe señalar que una indebida observancia de los principios en la contratación pública puede implicar una afectación directa a la libre competencia, a la selección objetiva y principalmente afecta el interés general, anotando adicionalmente que un uso abusivo puede deslegitimar el interés del legislador y puede ahondar dentro de los umbrales de la corrupción.

Esta investigación, adicionalmente se justifica en la medida en que existen hechos y situaciones que pueden transgredir la adecuada observancia de los principios, partiendo de la base que son reglamentos que surgen de las variaciones en las políticas económicas o del mercado del momento y que deben ser plasmadas en un estatuto por el funcionario de turno,

¹⁷ Ortiz, J (2013), *Petróleo*, Bogotá: Indepaz ediciones.

hechos que pueden ser identificados en la realidad y a partir de la cual será posible entrar a plantear un escenario que permita identificar estas causas y, porque no, tomar las acciones correctivas que sean necesarias.

Formulación de los Problemas: General y Específico.

Dada la dicotomía presentada por el artículo 76 de la Ley 80 de 1993 en donde exime a las entidades de la aplicación del régimen de contratación pero a su vez establece la observancia en los reglamentos especiales de los principios de transparencia, economía, responsabilidad y el deber de selección objetiva establecidos en dicha ley, surge un planteamiento problemático de carácter general en donde se indaga si ¿es posible aplicar en los procedimientos de selección consagrados en los reglamentos especiales y en los contratos surgidos con ocasión a los mismos, los principios fundantes del ordenamientos legal y orientadores de la actuación administrativa, considerando que las relaciones surgidas son preponderantemente de derecho privado?

Bajo el entendido que la aplicación correcta de los principios de la administración pública, y en especial los propios de la contratación estatal están dados para garantizar el interés general y la satisfacción de las necesidades de la administración, surge como planteamiento problemático específico, si ¿los procedimientos establecidos en los reglamentos de contratación especial, propios de la Agencia Nacional de Hidrocarburos, observan los parámetros establecidos por los principios de transparencia, economía, responsabilidad y el deber de selección objetiva y a su vez si la aplicación de dichos procedimientos cumple con los parámetros legales exigidos por cada uno de estos principios?

Por último, las facultades otorgadas por el artículo 76 de la Ley 80 de 1993 surge para aquellas entidades encargadas de la exploración y explotación de recursos naturales no renovables y para aquellas encargadas de las actividades de comercialización de estos recursos, de este planteamiento surge el ultimo problema específico en donde se cuestiona si ¿La agencia Nacional de Hidrocarburos ha expedido los reglamentos de contratación especial dentro del ámbito de su competencia, o si por el contrario existe una extralimitación en la interpretación de sus funciones otorgándose de por si actividades que por su naturaleza no le son propias?

Objetivos: General y específicos

Objetivo general

Describir los procedimientos establecidos en los reglamentos de contratación especial expedidos por la Agencia Nacional de Hidrocarburos, referidos a la exploración y explotación de hidrocarburos y sus actividades conexas, estableciendo con precisión la aplicación regular e irregular de los principios de la contratación estatal, transparencia, economía y responsabilidad y el deber de selección objetiva, tanto en los reglamentos como tal, así como, en el desarrollo de los procedimientos selectivos, demostrando su influencia negativa y positiva en la posterior ejecución del Contrato.

Objetivos específicos

- Determinar los principios aplicables a los procedimientos selectivos así como a los contratos surgidos con ocasión a los mismos, que permitan dar un marco de acción a la administración y de igual manera sean una herramienta indispensable para la interpretación y solución de controversias en las diversas etapas contractuales.
- Demostrar que en la contratación dispuesta en los reglamentos especiales de contratación debe aplicarse el postulado de Moralidad Administrativa por lo que el actuar de la administración debe obedecer al cumplimiento de los principios constitucionales y las reglas jurídicas propias de la administración pública.
- Realizar un análisis crítico acerca de los diversos procedimientos especiales de selección de contratistas dispuestos en los reglamentos de contratación de la Agencia Nacional de hidrocarburos, estableciendo la procedencia o improcedencia de cada una de sus etapas conforme lo dispuesto por los principios de la contratación pública.
- Reinterpretar el grado de aplicación y pertinencia de los principios establecidos en el Estatuto de Contratación y en la Constitución Política dentro de los procesos de contratación para actividades de exploración y explotación de hidrocarburos, su análisis e importancia

- Generar un documento académico de consulta que brinde al lector una visión crítica acerca de los diversos procedimientos especiales de contratación aplicados por la Agencia Nacional de hidrocarburos.

Hipótesis: General y Específica

Hipótesis General

Los reglamentos de contratación especial, expedidos por la Agencia Nacional de Hidrocarburos, deben observar tanto los principios propios del estatuto general de la contratación pública, así como aquellos principios de la función administrativa con el fin de alcanzar la eficacia, eficiencia y efectividad en las actividades por ellos reguladas para obtener estándares de calidad óptimos que generen confianza al inversionista y a los particulares intervinientes en las actividades petroleras del país.

Hipótesis específica

- La aplicación de los procedimientos contractuales, consagrados en los reglamentos especiales de la Agencia Nacional de Hidrocarburos, desarrollan medianamente el deber de selección objetiva y no replican en su integridad los principios de transparencia, economía y responsabilidad, por lo tanto, la escogencia de contratistas no está acorde con el interés general y no satisface la necesidad que pretendida por la administración.
- Los procedimientos establecidos en los reglamentos de contratación especial no responden de manera integral a los postulados de los principios de transparencia economía, responsabilidad y al deber de selección objetiva lo que puede generar un abuso en la aplicación de las normas, y a su vez en el compromiso de recursos económicos sin el lleno de requisitos o sin los estudios suficientes al respecto
- La Agencia Nacional de hidrocarburos, expidió un reglamento de contratación especial encaminado a reglamentar las actividades conexas a la exploración y explotación de hidrocarburos, excediendo así la interpretación de sus funciones específicas pues en su decreto de creación no establece que la entidad tenga como actividad la comercialización de estos recursos o cualquier otra actividad industrial o comercial que le sea propia.

Metodología

El método desarrollado en la presente investigación es el analítico¹⁸ (Rojas, 1983), en razón a que se buscó desintegrar o descomponer todo en partes para estudiar en forma intensiva cada uno de sus elementos, es decir, para conocer la esencia del todo es indispensable conocer la composición de sus partes. Como el objeto de la investigación es demostrar las hipótesis planteadas en primera medida se descompone el precepto integral relacionado con los principios aplicables a los reglamentos especiales en principios de la contratación pública y de la función administrativa y se procede a analizarlos por partes para llegar a una idea conclusiva; así mismo se analiza cada uno de los reglamentos especiales subdividiéndolos para el análisis a su vez en los procedimientos para aprobar o desvirtuar las hipótesis relacionadas con este aspecto.

Posteriormente se desarrolla una investigación de tipo descriptivo y explicativo, por cuanto primordialmente se busca extraer información que demuestre una situación en determinado contexto. Por tal razón esta investigación analiza los procesos de contratación para la exploración y explotación de hidrocarburos desarrollado por la entidad estatal responsable que tiene por objeto el cumplimiento de estas actividades. Se examina en cada procedimiento la aplicación de los principios legales y constitucionales, para lo cual, se aborda el concepto y desarrollo de los principios de acuerdo con lo expuesto por las Altas Cortes en vía Jurisprudencial, analizando las diversas sentencias proferidas por las corporaciones y recogiendo los argumentos aplicables para el régimen excepcional.

Se aborda de igual manera un método diagnóstico exploratorio en donde se investiga los procesos adelantados por la entidad con ocasión de ambos procedimientos recogiendo una muestra representativa y se analizan los problemas que se presentaron en cada uno de ellos, para determinar si estos tienen relación con una indebida aplicación de los principios.

Por último la investigación se desarrollara de manera exploratoria, cualitativa y cuantitativa, para lo cual luego del análisis normativo, doctrinal y jurisprudencial planteado se procederá a indagar algunas causas que afectan la correcta aplicación de los principios en los procesos y contratos celebrados por medio del régimen excepcional.

¹⁸ Rojas, Raul (1983), El proceso de la Investigación científica, Tercera edición, Editorial Trillas, Mexico D.F.

Fuentes de Información

La información primaria se recaudó gracias a trabajo de campo en donde se obtuvo información por medio de la revisión y análisis de los procesos y contratos celebrados por la Agencia Nacional de Hidrocarburos para determinar el grado de cumplimiento de la exigencia legal y la información secundaria se obtuvo de la jurisprudencia, la doctrina y de los diversos informes que emitan los entes de control o entidades especializadas así como el análisis de libros especializados en materia petrolera, leyes, decretos y reglamentos relacionados con el tema objeto de investigación, documentos técnicos y jurídicos.

CAPITULO 1: PRINCIPIOS APLICABLES A LOS REGLAMENTOS ESPECIALES DE CONTRATACION

En la contratación pública las actuaciones contractuales de las entidades del Estado deben someter sus actuaciones al cumplimiento de los principios establecidos en el estatuto de contratación estatal esto con el fin, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley 80 de 1993, de cumplir los fines del Estado, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y a su vez la efectividad de los intereses de los administrados.

Ahora bien, es objeto de esta investigación indagar de manera primaria si a los reglamentos exceptuados de la aplicación de las reglas de la contratación estatal, pero no de la aplicación de sus principios conforme lo establece el artículo 76 de la Ley 80 de 1993, le son aplicables otros principios o postulados que rigen la función administrativa y la gestión fiscal, para lo cual es necesario entrar a presentar un marco teórico sobre los principios aplicables y a su vez demostrar la tesis planteada en la parte introductoria por medio de la resolución del problema.

1. Principios aplicables por disposición expresa del Artículo 76 de la Ley 80 de 1993

El artículo 76 de la Ley 80 de 1993 se preocupa por mantener cierta uniformidad de orientación, en cuanto a que exige que en los reglamentos internos de contratación que se desarrollen para la celebración de contratos de exploración y explotación de hidrocarburos y de aquellas actividades industriales y comerciales propias de las entidades que desarrollen dichas actividades, deberán desarrollar los principios de transparencia, economía y responsabilidad y el deber de selección objetiva consagrados en el estatuto de contratación.¹⁹ (Quintero & Mutis, 1995).

Esto implica, sin lugar a discusión, que deben aplicarse en los reglamentos de contratación especial proferidos para la exploración y explotación de hidrocarburos así como para sus actividades de comercialización los principios de transparencia, economía y responsabilidad establecidos en el estatuto de contratación estatal el cual se encuentra

¹⁹ Quintero, A. M., & Mutis, A. V. (1995). Los contratos del Estado en la Ley 80 de 1993. Bogotá D.C, Colombia: TEMIS

actualmente reflejado en la Ley 80 de 1993 y en la Ley 1150 de 2007; ahora preciso entrar a realizar un acercamiento a cada uno de estos principios sin llegar a elaborar un manual de los mismos.

1.1 Principio de Transparencia

La Ley 80 de 1993 consagra el principio de transparencia como orientador de la actividad contractual del Estado, cuyo propósito principal se encuentra encaminado a garantizar la objetividad, la igualdad y la imparcialidad en los distintos procedimientos que adelante la Administración Pública para la escogencia de sus contratistas, así como el garantizar que todas sus actuaciones sean publicitadas y conocidas por todos los interesados, lo cual permite que puedan ser controvertidas.²⁰ (Consejo de Estado, 2010).

El principio de transparencia, desarrollado por el artículo 24 de la Ley 80 de 1993, impone una obligación de regular en los procedimientos de selección etapas que hagan posible el desarrollo de la publicidad de los actos y la posibilidad de controvertir los informes, conceptos y decisiones que se adopten en los procesos de la Administración por parte de los interesados.²¹ (Consejo de Estado, 2009).

Este principio debe edificarse sobre: la igualdad respecto de todos los interesados, la objetividad neutralidad y claridad de las reglas o condiciones impuestas para la presentación de las ofertas, la garantía del derecho de contradicción, la publicidad de las actuaciones de la administración, la motivación expresa, precisa y detallada del informe de evaluación, del acto de adjudicación o de la declaratoria de desierta, la escogencia objetiva del contratista idóneo que ofrezca la oferta más favorable para los intereses de la administración; con el objetivo de limitar la discrecionalidad del administrador público, imponiendo a su vez el cumplimiento de requisitos y procedimientos que garanticen la selección de la mejor propuesta para satisfacer el contrato a suscribir. ²² (Consejo de Estado, 2011)

²⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez, 18 de marzo de 2010 Radicación Número: 25000-23-26-000-1995-00972-01(17756).

²¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejera Ponente: Ruth Stella Palacio, 1 de abril de 2009; Radicación Número: 11001-03-26-000-2009-00024-00(36476)

²² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Sub sección C, 31 de Enero de 2011, Consejera Ponente: Olga Melida Valle de la Hoz; Radicación No. 25000-23-26-000-1995-0867-01(17767)

En este sentido, bajo la aplicación del principio de transparencia, la Administración se encuentra obligada a garantizar la libre concurrencia de los participantes, fijar las bases de participación, determinar los criterios de evaluación de las ofertas, adelantar los análisis pertinentes de las propuestas presentadas, con criterios de objetividad y transparencia garantizando la imparcialidad respecto de los oferentes, siempre en busca de la propuesta más conveniente al interés público y la satisfacción de las necesidades de la comunidad.²³ (Consejo de Estado, 2009).

En un Estado Social de Derecho, la correcta aplicación del principio de transparencia, garantiza la convivencia ciudadana, un trato imparcial e igualitario para los administrados y evita, de igual forma, que los funcionarios en ejercicio de los poderes que les han sido atribuidos, actúen de manera oculta o arbitraria, motivados por intereses o conveniencias de índole personal. Es menester que en aplicación del principio de transparencia las actuaciones de la administración sean públicas y ajustadas a la legalidad, así mismo que todos los actos que se expidan en ejercicio de la actividad contractual o con ocasión de ella, estén debidamente motivados y prohíbe eludir los procesos de selección objetiva.²⁴ (Consejo de Estado, 2008).

1.2 Principio de Economía

En virtud del principio de economía las normas que fijan los procedimientos de selección contractual se utilizan para agilizar las decisiones, así mismo los procedimientos se deberán adelantar en el menor tiempo y con la menor cantidad de gastos de quienes intervienen en ellos, sin que se exijan documentos y copias que no sean necesarios. Este principio cuenta con diversos matices, según lo establece el artículo 25 de la Ley 80 de 1993, tanto en los procesos de selección como en la ejecución de los contratos, en cuanto a que busca lograr los fines de la contratación, así como maximizar los beneficios colectivos perseguidos con el menor uso de recursos públicos dentro de un marco de actuaciones

²³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejera Ponente: Myriam Guerrero Escobar, 25 de febrero de 2009; Radicación No. 85001-23-31-000-1997-00374-01(15797)

²⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Myriam Guerrero Escobar, 4 de Junio de 2008; Numero de Radicación: 76001-23-31-000-1997-05064-01(17783)

administrativas ágiles, celeras, sencillas y sin obstáculos de trámites engorrosos y de requisitos innecesarios.²⁵ (Consejo de Estado, 2007)

El principio de Economía tiene como finalidad asegurar que todas las actuaciones adelantadas por la Administración durante la actividad contractual, se cumplan con eficacia y eficiencia surtiendo todos los trámites que sean necesarios, considerando que todo proyecto debe estar precedido de los estudios técnicos, financieros y jurídicos precisos, que permitan optimizar los recursos y evitar situaciones dilatorias que ocasionen perjuicios para cada una de las partes contratantes.²⁶ (Consejo de Estado, 2009).

Esta eficiencia, que busca el principio de Economía, se traduce en la obtención de máximos resultados, utilizando el menor tiempo posible, por la menor cantidad de recursos y con los menores costos para el presupuesto estatal. En desarrollo de este principio se impone el deber legal a las entidades estatales, de contar con las respectivas partidas presupuestales previamente a la celebración del proceso contractual; es así como el principio de economía refleja su estrecha relación con el principio de planeación, el cual busca que la contratación no sea el resultado de la improvisación y del desorden, sino que por el contrario obedezca a una verdadera planeación para satisfacer las necesidades de la comunidad.²⁷ (Consejo de Estado, 2008).

La Corte Constitucional en reiterados pronunciamientos ha expresado sobre el principio de economía que este constituye una orientación para el cumplimiento de los fines del Estado, buscando el mayor beneficio social a menor costo.²⁸ (C 649, 2002)

²⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Ruth Stella Correa Palacio, 3 de Diciembre de 2007, Radicado Número: 11001-03-26-000-2003-00014-01

²⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sub sección A, Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, 26 de Noviembre de 2009; Radicado Número: 52001-23-31-000-2002-01023-02 (0506-08)

²⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez, 30 de Julio de 2008; Radicación Numero: 70001-23-31-000-1997-06303-01(23003).

²⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-649 de 13 de agosto de 2002, Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 843 del Decreto 624 de 1989 *“por el cual se expide el Estatuto Tributario de los impuestos administrados por la Dirección General de Impuestos Nacionales”*, Expediente: D- 3907, Magistrado Ponente: Eduardo Montealegre Lynett.

1.3 Principio de Responsabilidad

El artículo 26 de la Ley 80 de 1993, consagra el principio de Responsabilidad como contrapartida al otorgamiento de una gran autonomía en cabeza de los administradores del patrimonio público y una contratación semejante a la de los particulares, que por ende conlleva una mayor responsabilidad. Se establece supuestos en los cuales compromete no solo la responsabilidad del Estado por los daños antijurídicos ocasionados con motivo de la actividad contractual, sino también de los Servidores Públicos y los Contratistas que intervienen en la misma. La responsabilidad de los servidores públicos por las omisiones, actuaciones antijurídicas podrá ser civil, penal o disciplinaria, teniendo en cuenta además que deberán indemnizar los daños que causen por su descuido o negligencia; de igual manera responderán los contratistas, asesores, consultores e interventores que participen en los procesos de contratación por las conductas dolosas o culposas en que incurran en su actuar contractual o precontractual. Este principio busca que todos los intervinientes en la actividad contractual lo hagan dentro del marco legal, en cumplimiento de los deberes y obligaciones que le corresponde a cada cual, sin la predisposición de causar daño y con la diligencia y cuidado que es exigible en un ámbito como la contratación pública que predica por el interés general. ²⁹ (Consejo de Estado, 2007)

El principio de Responsabilidad se encuentra consagrado con el fin de conservar la articulación y armonía que debe imperar para garantizar la efectividad y cumplimiento de los principios de transparencia, economía, del mantenimiento del equilibrio financiero del contrato y del deber de selección objetiva, que se encuentran desarrollados en el estatuto de contratación, de igual manera con el fin de asegurar un balance entre la mayor autonomía y libertad de gestión contractual que se otorga a las entidades estatales, las potestades y los privilegios que se les reconocen, y la finalidad del interés público o social que debe apuntar la actividad contractual del Estado, cual es la de satisfacer las necesidades, bajo una gestión eficiente, económica, celera y bajo criterios de moralidad, que garantice no solo los intereses de la administración sino de los contratistas que intervienen en la gestión contractual. ³⁰ (C 004, 1996).

²⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Ruth Stella Correa Palacio, 3 de Diciembre de 2007, Radicado Número: 11001-03-26-000-2003-00014-01

³⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-004 de 1996, Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell, Expediente D-863, 18 de Enero de 1996.

1.4 El deber de Selección Objetiva

La selección objetiva es un deber en toda actividad contractual, es un principio que orienta los procesos de selección, y un fin porque apunta a un resultado, el cual no puede ser otro que la escogencia de la oferta más favorable para la entidad. Se encuentra desarrollado en el artículo 29 de la Ley 80 de 1993, y consiste en la escogencia de la oferta más favorable para la entidad, siendo improcedente considerar para ello motivaciones subjetivas. En la contratación pública, la administración está obligada a respetar los criterios de selección objetiva establecidos en la base del proceso empleados para la escogencia del contratista; esto en razón a que la decisión de la administración no puede ser discrecional ni arbitraria, sino reglada, la selección de la mejor oferta debe obedecer al cumplimiento de criterios de transparencia, imparcialidad e igualdad de oportunidades, ajena a cualquier tipo de consideraciones subjetivas.³¹ (Consejo de Estado, 2007).

Los criterios de selección objetiva establecidos para la escogencia del contratista y los de favorabilidad de las propuestas buscan garantizar la transparencia y la imparcialidad de la función pública, así como la eficacia y eficiencia de los recursos públicos, todo esto con el fin de cumplir con los fines del Estado.³² (C-932, 2007).

2. Aplicación de los principios de la Función Administrativa en los reglamentos de contratación especial

Como objetivo de esta investigación está el de establecer si los principios de la función administrativa son aplicables en los reglamentos de contratación especial de contratación, en particular en aquellos expedidos por la Agencia Nacional de Hidrocarburos.

En primera medida es preciso indicar que el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 establece que las entidades estatales que cuenten con un régimen contractual excepcional al

³¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Ruth Stella Correa Palacio, 3 de Diciembre de 2007, Radicado Número: 11001-03-26-000-2003-00014-01

³² Corte Constitucional, Sentencia C-932 de 2007, Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra, Expediente: D-6794, 8 de Noviembre de 2007.

Estatuto de Contratación de la Administración Pública, aplicarán los principios de la función administrativa y de la Gestión Fiscal contenidos en los artículos 209 y 267 de la Constitución Política.³³ (Ley 1150, 2007), artículo que permite inferir que en los reglamentos de contratación estatal deben estar inmersos los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal lo cuales revisaremos a continuación.

El artículo 209 de la Constitución Política establece los principios, el objeto y el control de la función Administrativa, distinguiéndolos entre principios finalísticos, funcionales y organizacionales. En la primera categoría se encuentra que la Función Administrativa está al servicio de los intereses generales del Estado; entre los funcionales se hallan la igualdad, la moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad; y en los organizacionales se están la descentralización, desconcentración y delegación de funciones.³⁴ (C-561, 1999).

En este sentido se infiere que la Función Administrativa se encuentra sujeta, constitucionalmente, a los principios del mencionado artículo 209 de la Constitución Política, a través de los cuales se pretende garantizar que el Estado cumpla sus fines. Estos principios regulan todo el campo de acción de la Administración Pública material y adquieren una especial dimensión tratándose de contratación estatal, porque en esta dinámica especial se ejecuta la mayor parte del presupuesto público.³⁵ (Consejo de Estado, 2005).

³³ Ley 1150 de 2007, Artículo 13 “Principios generales de la actividad contractual para entidades no sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal”

³⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-561 de 1999; Magistrado Ponente: Alfredo Beltrán Sierra, 4 de agosto de 1999, Expediente D-2376.

³⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejera Ponente: María Elena Giraldo Gómez, 7 de abril de 2005, Radicación Numero: 25000-23-25-000-2004-00697-01(AP)

2.1 Principios Funcionales de la Función Administrativa

2.1.1 Principio de Igualdad

Este principio, previsto en la Constitución Política en el artículo 13, desarrolla tres obligaciones claras: Trato igual frente a la Ley; igualdad de trato o igualdad en la ley en donde toda diferenciación que se haga en ella debe atender a fines razonables y constitucionales; y finalmente la prohibición constitucional de discriminación.³⁶ (C 185, 2011)

Como principio obliga a la Administración a actuar conforme la regla de no discriminación y a promover dentro del ámbito de sus competencias la igualdad real y efectiva; implica la exigencia constitucional de que la Gestión de la Administración no establezca distinciones injustificadas, garantizando, a todos los administrados, el acceso a ella y a los beneficios generados en la actividad estatal.³⁷ (Corte Suprema de Justicia, 2008).

En la contratación celebrada por las entidades estatales, el principio de igualdad se reduce a los siguientes postulados: - Todos los interesados tienen derecho a acceder a la contratación administrativa en iguales condiciones; - La participación en los procesos de selección de contratistas debe ser en igualdad de oportunidades; - los pliegos de condiciones, las invitaciones a participar y los documentos empleados para la selección de los contratistas, así como los reglamentos creados para tal fin, deben diseñarse de forma que garanticen la igualdad entre los proponentes; - el deber de selección objetiva de las propuestas impone evaluación entre iguales y la escogencia de la mejor propuesta; y finalmente - los criterios de

³⁶ Corte Constitucional, Sala Plena, Demanda de inconstitucionalidad contra el numeral 4 del artículo 50 de la Ley 1142 de 2007; Sentencia C-185 de 16 de marzo de 2011, Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto; Expediente D-8198.

³⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Proceso 29206, 15 de mayo de 2008, Magistrado Ponente: Yesid Ramírez Bastidas.

selección objetiva de los contratistas no excluyen el diseño de formas jurídicas que favorezcan grupos sociales tradicionalmente discriminados.³⁸ (C 862, 2008).

2.1.2 Principio de Moralidad

La Moral Administrativa se encuentra estrechamente vinculada al manejo pulcro, transparente, diligente y cuidadoso de la actividad administrativa, de tal forma que permita a los ciudadanos mantener la confianza en el Estado; por lo tanto, el funcionario público que interviene en la gestión contractual del Estado debe entender que su función está orientada por el interés general, el cumplimiento de la Ley y el mejoramiento del Servicio.³⁹ (Consejo de Estado, 2002).

En este sentido, ha de entenderse, por actuaciones inmorales, todas aquellas que no respondan a los intereses de la colectividad, y en especial, al desarrollo de los fines que se buscan por medio de la celebración de un contrato; es así como el servidor público debe responder a los auténticos criterios del servicio público, que en la contratación administrativa involucra la adjudicación, celebración, ejecución y liquidación de los contratos, en cuanto a que estas son típicas acciones de la función administrativa, y pueden vulnerar el principio de moralidad cuando amenacen o causen agravio al interés colectivo.⁴⁰ (Consejo de Estado, 2007)

El numeral 5 del artículo 3 de la Ley 1437 de 2011 establece que en virtud del principio de moralidad, todas las personas y los servidores públicos están obligados a actuar con rectitud, lealtad y honestidad en las actuaciones administrativas.

³⁸ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-862 de 3 de septiembre de 2008, Demanda de Inconstitucionalidad contra el parágrafo 3 del artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, Magistrado Ponente: Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra; Expediente: D-7166

³⁹ Consejo de Estado, Sala de lo contencioso Administrativo, 31 de Mayo de 2002, Consejera Ponente: Dra. Ligia López Díaz, Radicado Número: 25000-23-24-000-1999-9001-01(AP-300)

⁴⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Ruth Stella Correa Palacio, 3 de Diciembre de 2007, Radicado Número: 11001-03-26-000-2003-00014-01

2.1.3 Principio de Eficacia

El principio de Eficacia de la Administración Pública, implica el logro de resultados mínimos en relación con las responsabilidades confiadas a los organismos estatales, con miras a la efectividad de los derechos colectivos e individuales.⁴¹ (T 731, 1998)

En la gestión contractual, en consideración al principio de eficacia los procedimientos contractuales deben lograr sus objetivos y fines, sin obstáculos puramente formales o decisiones inhibitorias, como lo dispone el cuarto inciso del artículo 3 del Código Contencioso Administrativo (Decreto 1 de 1984), por su parte la Ley 1437 de 2011, nuevo código contencioso administrativo, mantiene la disposición del antiguo código estableciendo el saneamiento de las irregularidades procedimentales que se presenten, en procura del derecho material objeto de la actuación administrativa.

Este principio encuentra fundamento en el principio de economía del estatuto de contratación pública en cuanto a que este último propende por el cumplimiento de los fines de la Administración Pública, la continua y eficiente prestación de los servicios y la efectividad de los derechos de los administrados.⁴² (Consejo de Estado, 2007).

2.1.4 Principio de Celeridad

Este principio, busca la agilidad en el trámite dentro de la administración pública, por lo que no es dable la exigencia de requisitos formales innecesarios, comporta por tanto la diligencia y agilidad en el cumplimiento de las actividades, tareas y funciones a cargo de las entidades estatales y de sus servidores públicos que permitan prontamente satisfacer las

⁴¹ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-731 del 27 de noviembre de 1998, Acción de tutela incoada por Fabio Alberto Ramírez Zuluaga, Personero Municipal de Pensilvania, contra el Ministerio de Transporte, Expediente T-168732, Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo.

⁴² CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Ruth Stella Correa Palacio, 3 de Diciembre de 2007, Radicado Número: 11001-03-26-000-2003-00014-01

necesidades de los administrados y el cumplimiento de los fines del Estado ⁴³ (Corte Suprema de Justicia, 2008).

Es así como en el ejercicio de la gestión contractual por parte de las entidades del Estado, es válido afirmar que los procedimientos contractuales se desarrollaran bajo estos parámetros, el impulso de los mismos se efectuara de manera oficiosa por parte de la administración, no se exigirán trámites ni condicionamientos innecesarios dentro de los pliegos de condiciones e invitaciones a presentar propuesta, claramente el principio de celeridad de la administración pública se encuentra fusionado con el principio de economía del estatuto de contratación pública.⁴⁴ (Consejo de Estado, 2007).

Ha de resaltarse que el Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 del 18 de Enero de 2011, dispone en su artículo 3 numeral 13 que en virtud del principio de celeridad, las autoridades impulsarán oficiosamente los procedimientos, e incentivarán el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones, a efectos de que los procedimientos se adelanten con diligencia, dentro de los términos legales y sin dilaciones justificadas; en este sentido el uso de las páginas web por parte de las entidades estatales para divulgar sus trámites contractuales, así como la publicación de los procedimientos en el SECOP y demás herramientas tecnológicas que permiten el conocimiento en masa y garantizan la mayor participación de los interesados, desarrolla el principio de celeridad en la gestión contractual.

2.1.5 Principio de Imparcialidad

El principio de imparcialidad impone a toda autoridad pública que ejerza actividades administrativas, para este caso de gestión contractual, la prohibición de obedecer cualquier

⁴³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Proceso 29206, 15 de mayo de 2008, Magistrado Ponente: Yesid Ramírez Bastidas

⁴⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Ruth Stella Correa Palacio, 3 de Diciembre de 2007, Radicado Número: 11001-03-26-000-2003-00014-01

tipo de favoritismos o intervenir en sus decisiones cualquier tipo de interés que no esté reglado en la norma.⁴⁵ (Severo Guiannini, 1991).

En virtud de este principio los servidores públicos han de actuar en consideración a la finalidad de los procedimientos contractuales, sin aplicación de medidas o criterios discriminatorios, es decir la actuación diáfana de la administración en la gestión contractual sin favorecimientos a un proponente.⁴⁶ (Consejo de Estado, 2007).

La Ley 1437 de 2011, en su artículo 3, numeral 3, dispone que en virtud del principio de imparcialidad, las autoridades deberán actuar considerando que la finalidad de los procedimientos es asegurar y garantizar los derechos de todas las personas sin discriminación alguna y sin tener en consideración factores de afecto o de interés, es decir, cualquier clase de motivación subjetiva; el desarrollo del principio de imparcialidad que establece la Ley en comento es muy ligado al concepto del principio de igualdad.

2.1.6 Principio de Publicidad

Conforme al principio de publicidad las actuaciones de las autoridades administrativas son públicas, salvo los casos establecidos en la Ley, por lo tanto estas deberán a dar a conocer sus decisiones mediante notificaciones, comunicaciones o publicaciones.

En la gestión contractual de la administración pública, los proponentes tienen derecho a conocer tanto la convocatoria como las reglas del proceso de selección, así como los actos que surjan con ocasión al proceso de selección, con el fin de que los participantes tengan la oportunidad de presentar observaciones. Toda actuación de la administración, en materia

⁴⁵ Severo, Massimo, (1991) Derecho Administrativo, Primera edición en Español: Diciembre de 1991, Editorial: Ministerio para las Administraciones Públicas, Madrid. págs. 112 y 113

⁴⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Ruth Stella Correa Palacio, 3 de Diciembre de 2007, Radicado Número: 11001-03-26-000-2003-00014-01

contractual, debe ser abierta al público, salvo los casos exceptuados por la Ley, con el fin de brindarles a los interesados la oportunidad de participar como proponentes o veedores.

‘ Ello en tanto la aplicación de dicho principio permite que los ciudadanos conozcan y observen las actuaciones de la administración y estén por ende capacitados para impugnarlas, a través de los recursos y acciones correspondientes, ubicándose de esta manera en el ámbito expansivo del principio democrático participativo’ ⁴⁷ (C 259, 2008)

2.2 Principios Organizacionales de la Función Administrativa

2.2.1 Desconcentración

La Desconcentración se presenta cuando, estando centralizadas algunas funciones públicas en cabeza de la persona jurídica principal de la Organización estatal, ellas deben asignarse para efectos de su ejercicio, en varias dependencias al interior de la misma, las cuales se organizan con autonomía administrativa y financiera.⁴⁸ (Ibañez Najar, 2007)

La Gestión Contractual de las entidades públicas puede desarrollarse de manera desconcentrada, asignando funciones para el impulso de la gestión en los órganos de la administración que funcionalmente deben ejecutar tareas específicas con el fin de cumplir los planes diseñados internamente; estas actividades pueden abarcar tareas a nivel precontractual, atendiendo la labor de la convocatoria o invitación, hasta la recomendación de la propuesta más conveniente para la Entidad, es decir, opera en relación con los actos inherentes a la tramitación del Contrato, pero no respecto a la Adjudicación ni a la celebración del mismo, lo que implica que el Ordenador del Gasto no es un simple avalador, tramitador o que le competa simplemente firmar, pues, es su responsabilidad y deber,

⁴⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-259 de 11 de marzo de 2008, Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 3, 6 y 21 (parciales) y los artículos 16 y 30 de la Ley 1150 de 2007 “*por medio de la cual se introducen medidas para eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos.*”; Expediente D-6893, Magistrado Ponente: Dr. Jaime Córdoba Triviño

⁴⁸ Ibañez, Jorge; Estudios de Derecho Constitucional y Administrativo, Editorial LEGIS, segunda Edición, Enero 2007

verificar que todo el trámite se haya adelantado conforme a la Ley de ahí la exigencia de la aplicación de los debidos controles.⁴⁹ (Corte Suprema de Justicia, 2005).

2.2.2 Delegación de Funciones

La delegación consiste en la transferencia de competencias a funcionarios con el fin de que estos actúen de manera independiente y definitiva, sin que ello implique que el delegante no pueda asumir las competencias delegadas y revocar los actos por el delegatario emitidos.⁵⁰ (Ibañez Najar, 2007)

El artículo 9 de la Ley 489 de 1998 dispone que las autoridades administrativas, podrán mediante acto de delegación, transferir el ejercicio de sus funciones a sus colaboradores o a otras autoridades con funciones afines o complementarias; de igual forma dispone la misma ley, en su artículo 10, que el acto de delegación deberá constar siempre por escrito y en él deberá determinarse con claridad la autoridad delegataria y las funciones o asuntos específicos objeto de delegación. Los asuntos que no pueden ser objeto de delegación, según lo dispone el artículo 11 de la citada ley, consisten en la expedición de reglamentos de carácter general, salvo en los casos autorizados expresamente por la Ley; así mismo no es objeto de delegación las funciones, atribuciones y potestades recibidas en virtud de delegación, así como aquellas funciones que por disposición constitucional o legal no son susceptibles de delegación.

Por regla general, la delegación exime de responsabilidad al delegante la cual corresponderá de manera exclusiva al delegatario, pero en el caso de la Contratación Administrativa los jefes y representantes legales de las entidades estatales quedarán exonerados por virtud de la delegación de sus deberes de control y vigilancia de la actividad precontractual y contractual.

⁴⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Proceso 21547, 9 de febrero de 2005, Magistrada Ponente: Marina Pulido de Barón.

⁵⁰ Ibañez, Jorge; Estudios de Derecho Constitucional y Administrativo, Editorial LEGIS, segunda Edición, Enero 2007

Sobre este particular, nuestra Corte Constitucional ha expresado que ‘el delegante sólo responderá del reto ejercicio de sus deberes de control y vigilancia de la actividad precontractual y contractual, cuando haya incurrido en dolo o culpa grave en el ejercicio de dichas funciones’⁵¹. (C 693, 2008)

3. Principios de la Gestión Fiscal aplicables a los reglamentos de contratación especial

El artículo 267 de la Constitución Política establece que el control fiscal es una función pública especializada consistente en vigilar la gestión fiscal de la Administración y de los particulares o entidades que manejan fondos o bienes de la Nación. La función pública debe estar dirigida a la aplicación de los principios de Eficacia económica, equidad y valoración de los costos ambientales, el Estado Colombiano como Estado Social de Derecho se ha concebido dentro de un proceso de controles y contrapesos que procuran prevenir y sancionar las fallas o extralimitaciones en el ejercicio del poder público; los principios que orientan el control fiscal tienen como finalidad determinar en la Administración que la asignación de recursos sea la más conveniente para maximizar sus resultados; que en iguales condiciones de calidad los bienes y servicios se obtengan a menor costo; que sus resultados se logren de manera oportuna y guarden relación con sus objetivos y metas; de igual manera buscan identificar los riesgos y analizar la distribución de costos y beneficios entre sectores económicos y sociales y entre entidades territoriales, así como, cuantificar el impacto por el uso o deterioro de los recursos naturales y el medio ambiente evaluando la gestión de protección, conservación y explotación de los mismos.⁵² (C 1176, 2004)

En el estatuto de contratación como en los regímenes excepcionales, se encuentran relacionados con el manejo o administración de recursos públicos, los regímenes excepcionales se encuentran sometidos al derecho privado y normas especiales por parte de

⁵¹ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-693 de 9 de Julio de 2008, Demanda de inconstitucionalidad contra el inciso 2° del artículo 21 de la Ley 1150 de 2007, “*por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos.*”, Expediente: D-7077, Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁵² Corte Constitucional, Sentencia C-1176 de 2004, Magistrada Ponente: Clara Inés Vargas Hernández, 24 de Noviembre de 2004, Expediente: D-5214

las entidades públicas, pero en virtud del artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 están sometidos a principios constitucionales de control fiscal al tener que aplicar precisamente los principios consagrados en el artículo 267⁵³ de la Constitución política establecidos para la gestión fiscal. En este caso la contratación también es una gestión fiscal como quiera que dispone de recursos públicos para actividades orientadas a cumplir y apoyar los fines estatales.⁵⁴ (Gomez Lee, 2010)

a. Economía.

Este principio se asume desde la óptica de la teoría económica y bajo una concepción social, en cuanto a que busca que los recursos públicos se asignen entre objetivos alternativos y en búsqueda de los más altos rendimientos sociales; en este orden de ideas el control fiscal puede pronunciarse en términos cualitativos sobre el uso del gasto público, por lo tanto, no es extraño el empleo de análisis como el de costo beneficio para evaluar las decisiones adoptadas por las autoridades administrativas.⁵⁵ (Ramirez, 2008)

b. Eficiencia

A través del principio de eficiencia se busca determinar si los bienes y servicios adquiridos por las Entidades se adquieren al mejor costo estando estos en las mismas

⁵³ Artículo 267 de la Constitución Política: “(...) La vigilancia de la gestión fiscal del Estado incluye el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales. En los casos excepcionales, previstos por la ley, la Contraloría podrá ejercer control posterior sobre cuentas de cualquier entidad territorial.(...) “

⁵⁴ Gómez, Iván (2010). Contratación Visible: Manual Para Un Buen Control De Recursos En La Contratación Pública; Procuraduría General De La Nación, Auditoría General De La Republica, Instituto De Estudios Del Ministerio Público.

⁵⁵ Ramírez, Fabio, (2008) Finanzas Públicas, Universidad Libre, en Biblioteca virtual de derecho, economía y ciencias sociales, eumed.net, dirección url:
<http://www.eumed.net/libros/2008c/465/CONTROL%20FISCAL.htm>

condiciones de calidad; del análisis resultante se puede concluir si las entidades incurrieron en los costos más favorables cumpliendo de igual forma con sus objetivos.⁵⁶ (Ramírez, 2008)

La eficiencia se relaciona con aspectos internos de la organización, lo que evalúa es el manejo de los recursos para la obtención de las metas o resultados misionales. ‘Consiste en lograr que la asignación de los recursos sea la más conveniente para maximizar los resultados de la administración; es decir, involucra elementos subjetivos que constituyen decisiones políticas, como la conveniencia en la asignación de los recursos orientada al logro de determinadas metas institucionales’⁵⁷ (Rengifo Carreño, 2007)

c. Equidad

Este principio permite identificar los destinatarios de la acción económica del Estado, así como analizar la distribución de los costos y beneficios presentados entre sectores sociales y entidades estatales⁵⁸. (Ramírez, 2008)

d. Valoración de costos ambientales

Por medio de este principio se busca cuantificar el impacto que causan los distintos agentes económicos por el uso y deterioro del medio ambiente y de los recursos naturales, de

⁵⁶ Ramírez, Fabio, (2008) Finanzas Públicas, Universidad Libre, en Biblioteca virtual de derecho, economía y ciencias sociales, eumed.net, dirección url:
<http://www.eumed.net/libros/2008c/465/CONTROL%20FISCAL.htm>

⁵⁷ RENGIFO, Carreño Ariel Armando; Control Fiscal Participativo, Editorial SIC, Proyecto Cultural de Sistemas y Computadores SA, Bucaramanga, Primera Edición, 2007, página 12.

⁵⁸ Ramírez, Fabio, (2008) Finanzas Públicas, Universidad Libre, en Biblioteca virtual de derecho, economía y ciencias sociales, eumed.net, dirección url:
<http://www.eumed.net/libros/2008c/465/CONTROL%20FISCAL.htm>

igual forma a través de este principio se evalúa la gestión de protección, conservación, uso y explotación de los mismos.⁵⁹ (Ramírez, 2008)

La evaluación del cumplimiento de este principio implica las identificaciones de las funciones y las obligaciones ambientales directas e indirectas que debe observar el sujeto de control, así como el desarrollo de acciones de prevención, mitigación y manejo del impacto ambiental generado en la ejecución de sus funciones.⁶⁰ (Contraloría Municipal de Armenia, 2008)

4. Principios Integradores de la Contratación Estatal igualmente aplicables a los reglamentos especiales

No hay que olvidar que los contratos que surjan en aplicación del régimen excepcional, tienen naturaleza de contratos Estatales, porque una de las partes siempre tendrá el carácter de Entidad Estatal, que para este caso es la Agencia Nacional de Hidrocarburos, por lo tanto, es indispensable mencionar los principios integradores del régimen de los contratos estatales, a luz de lo expuesto por la Corte Constitucional.⁶¹ (C 892, 2001).

a. Principio de Autonomía de la Voluntad

En virtud de este principio la administración pública está en capacidad de celebrar todos los contratos que sean necesarios con el fin de satisfacer los intereses de la comunidad.

⁵⁹ Ramírez, Fabio, (2008) Finanzas Públicas, Universidad Libre, en Biblioteca virtual de derecho, economía y ciencias sociales, eumed.net, dirección <http://www.eumed.net/libros/2008c/465/CONTROL%20FISCAL.htm> url:

⁶⁰ Contraloría Municipal de Armenia (2008), Gestión Fiscal para el desarrollo social, en página web. Contraloría de Armenia, dirección <http://www.contraloriarmenia.gov.co/files/MANUAL%20DE%20AUDITORIA.pdf> URL:

⁶¹ Corte Constitucional, Sentencia C-892 DE 22 de agosto de 2001, Demanda de Inconstitucionalidad contra el parágrafo del artículo 6 de la Ley 598 de 2000, Expediente D-3404; Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

b. Principio de Prevalencia del Interés Público

Este principio otorga a la Administración la facultad de ajustar el objeto del contrato a las necesidades variables de la Comunidad.

c. Principio de la Reciprocidad de las Prestaciones

Este principio resalta la importancia y relevancia de la equivalencia real y objetiva entre los derechos y obligaciones que surgen de la relación contractual.

d. Principio de la Buena Fe

Por medio de este principio se obliga a la Administración Pública y a los particulares, cuando actúan en calidad de contratistas, a tener en cuenta las exigencias éticas que emergen de la confianza mutua en el proceso integral de la ejecución contractual. ⁶² (C 892, 2001) .

5. Respuesta al problema General de la Investigación

El problema general planteado dentro de la investigación, y como necesidad para enmarcar la problemática específica, abordando la necesidad de conocimiento acerca de los principios aplicables a los reglamentos de contratación especial regidos por el Artículo 76 de la Ley 80 de 1993 planteándolo de la siguiente manera; ¿es posible aplicar en los procedimientos de selección consagrados en los reglamentos especiales y en los contratos

⁶² Corte Constitucional, Sentencia C-892 DE 22 de agosto de 2001, Demanda de Inconstitucionalidad contra el parágrafo del artículo 6 de la Ley 598 de 2000, Expediente D-3404; Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil

surgidos con ocasión a los mismos, los principios fundantes del ordenamientos legal y orientadores de la actuación administrativa, considerando que las relaciones surgidas son preponderantemente de derecho privado?, para el efecto surgió como hipótesis general ‘Los reglamentos de contratación especial, expedidos por la Agencia Nacional de Hidrocarburos, deben observar tanto los principios propios del estatuto general de la contratación pública, así como aquellos principios de la función administrativa con el fin de alcanzar la eficacia, eficiencia y efectividad en las actividades por ellos reguladas para obtener estándares de calidad óptimos que generen confianza al inversionista y a los particulares intervinientes en las actividades petroleras del país’.

En respuesta al primer problema planteado, en nuestro concepto los principios aplicables a los reglamentos de contratación especial, en particular los expedidos por la Agencia Nacional de Hidrocarburos en aplicación del artículo 76 de la Ley 80 de 1993 son:

- Los principios de transparencia, economía, responsabilidad y el deber de selección objetiva consagrados en la Ley 80 de 1993 son aplicables por disposición expresa del artículo 76 de la misma ley.
- Los principios de la función administrativa consagrados en el artículo 209 de la constitución Política, son aplicables a los reglamentos especiales, en primera medida por disposición expresa del artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, es así como estos principios deben estar presentes en todas las actuaciones allí regladas en razón a que tanto los procesos de selección, la suscripción de los contratos así como su seguimiento son actividades administrativas de una Entidad del Estado, que deben obedecer al cumplimiento de los fines propios del estado y están determinadas por la satisfacción del interés general ‘

Si bien es cierto los acuerdos surgidos con ocasión de la realización de uno de los procedimientos reglados por la Agencia Nacional de hidrocarburos están sometidos a las reglas del derecho privado, esto no implica, que deba desconocerse los principios de la función administrativa, pues la Agencia Nacional de Hidrocarburos es una entidad pública que debe enmarcar sus actuaciones bajo los parámetros establecidos por los principios de la administración pública.

- Los principios de la Gestión Fiscal deben estar presentes en los reglamentos especiales por disposición expresa del artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 en razón a que por medio de los procedimientos allí reglados así como en los actos y contratos por ellos surgidos implican administración, manejo de recursos públicos y de bienes de la nación (en este caso la asignación de áreas ya sea para estudio, por medio de los

contratos TEA, o para su exploración o explotación, a través de los contratos E&P); por otra parte, y teniendo en cuenta las actividades a desarrollar, enmarcar los contratos en los principios de economía, equidad y valoración de costos ambientales permiten generar un proceso de controles y contrapesos que permiten que no exista un abuso por parte de los particulares como por parte de la administración en la ejecución de los contratos.

- Por último considerando que los contratos surgidos en aplicación de los reglamentos excepcionales de contratación son contratos bilaterales, sinalagmáticos o de prestaciones recíprocas le son aplicables de igual manera los principios integradores del régimen jurídico de los contratos estatales mencionados en el respectivo aparte y que responden a: i) principio de autonomía de la voluntad, ii) principio de la prevalencia del interés público; iii) principio de reciprocidad de la prestaciones y iv) principio de la Buena fe.

En conclusión y dando respuesta al problema general, los reglamentos especiales expedidos por la Agencia Nacional de Hidrocarburos en aplicación de los dispuesto por el artículo 76 de la Ley 80 de 1993 deben observar los principios de transparencia, economía, responsabilidad y el deber de selección objetiva consagrados en el estatuto general de la contratación pública, así como los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal y los principios integradores del régimen jurídico de los contratos estatales, conforme a los términos y condiciones establecidos en este capítulo.

CAPITULO 2: APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS PROPIOS DE LA CONTRATACION ESTATAL EN EL REGIMEN DE ASIGNACION DE AREAS

En este capítulo se pretende dar respuesta parcial al primer problema específico relacionado con la aplicación de los principios de transparencia, economía y responsabilidad en el reglamento de contratación especial que regula la asignación de áreas para la exploración y explotación de hidrocarburos y para estudios técnicos, por lo tanto es preciso presentar al lector un marco teórico y normativo explicando para el efecto el reglamento que rige esta contratación y a su vez brindar una posición crítica en relación con la estipulación formal y con su desarrollo práctico.

El régimen de asignación de áreas surge en virtud de la autorización otorgada por el artículo 76 de la Ley 80 de 1993 en donde faculta a la Agencia Nacional de Hidrocarburos para expedir un reglamento especial para la selección de contratistas para la exploración y explotación de hidrocarburos, esta exploración y explotación sólo es posible gracias a que el Estado es propietario del subsuelo y de los recursos renovables y no renovables, para brindar al lector un marco más amplio es preciso que nos adentremos a la titularidad del subsuelo y a su vez al estudio del régimen actual de asignación de áreas.

1. Estado propietario del subsuelo y recursos naturales no renovables

Sobre el particular, la Corte Constitucional se ha expresado así: ‘De conformidad con el artículo 332 el Estado es propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables, sin perjuicio de los derechos adquiridos y perfeccionados con arreglo a las leyes preexistentes. Se reitera, gracias a su amplia formulación, el contenido básico del artículo 202 de las codificaciones constitucionales anteriores. La propiedad inmueble se desmiembra en propiedad superficiaria y en subsuelo; al Estado pertenece este último, así como los recursos no renovables, se encuentren en la superficie o en el subsuelo. Se consagra en favor del Estado una reserva expresa sobre los recursos no renovables, dominio público este que se

configura sin perjuicio de la propiedad privada minera constituida en derechos adquiridos y perfeccionados con arreglo a leyes preexistentes’ ⁶³ (C 006/1993)

Del postulado constitucional se determinan dos condiciones, a saber, por un lado la noción de Estado como propietario del Subsuelo y de los recursos naturales no renovables y, por el otro, la excepción a los derechos adquiridos y perfeccionados con arreglo a las leyes preexistentes⁶⁴ (Duran, 2005).

Sobre la primera condición, ha dicho la Corte Constitucional que es el Estado quien debe ser el propietario de los recursos naturales no renovables y de sus regalías en razón a que es este el que representa a todos los colombianos y a los distintos niveles territoriales. ⁶⁵ (C-221, 1997).

En relación con la segunda condición, se entiende por regla general que todos los recursos naturales no renovables pertenecen al Estado y solo por excepción a los particulares, entonces todos los yacimientos de hidrocarburos pertenecen al Estado salvo aquellos derechos constituidos a favor de terceros.

‘Esta Corporación encuentra que en nuestro ordenamiento jurídico, se ha establecido un régimen especial de la propiedad particular sobre el subsuelo y en especial sobre el petrolero, que implica que ella ha sido conferida por el Estado, y que se halla condicionada a las exigencias legales en cuanto a la continuidad del derecho de dominio; además, se encuentra que dicha propiedad no es extraña a las exigencias que sobre su ejercicio haga el legislador, ya que comporta buena parte de la riqueza pública de la Nación y del Estado, que debe ser aprovechada en beneficio de la sociedad’. ⁶⁶ (C 424, 1994)

En Colombia, por consiguiente, el Estado es propietario del Subsuelo y de los recursos naturales no renovables por disposición expresa del artículo 332 de la Constitución Política. Esta propiedad es inalienable e imprescriptible, por lo que el paso del tiempo en la

⁶³ Corte Constitucional, Sentencia C-06/93, Demanda D-060, Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz, 18 de enero de 1993.

⁶⁴ Durán, Marlene (2005), El Contrato de exploración y explotación de hidrocarburos de la Agencia Nacional de Hidrocarburos, tomado de: Temas Mineros y petroleros; Bogotá: Colegio de Abogados de Minas y Petróleos.

⁶⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-221 de 1999, Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero, 29 de abril de 1997

⁶⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-424/94, expedientes Nos. D-540, 548 y 555, Magistrado Ponente: Dr. Fabio Moron Diaz, 29 de septiembre de 1994.

exploración o explotación de un área no da derecho al tenedor de adquisición de un título o de oposición a terceros⁶⁷ (Ley 685 De 2001).

2. Régimen de administración y asignación de áreas para la exploración y explotación de hidrocarburos (Acuerdo 04 de 2012)

El objetivo del Gobierno Nacional, en la defensa del artículo 76 de la Ley 80 de 1993, era el hacer flexible la selección de contratistas de las entidades encargadas de la exploración y explotación de recursos naturales, en nuestro caso hidrocarburos.

El decreto 714 de 2012 establece en su artículo 3, numeral 2, como una de las funciones de la Agencia Nacional de Hidrocarburos la de asignar las áreas para la exploración y/o explotación de hidrocarburos con sujeción al reglamento interno establecido para tal fin; esta disposición es la que le da origen al acuerdo 04 del 4 de mayo 2012 en razón a que mediante este se expide el reglamento de contratación para la administración y asignación de áreas; es así como en su artículo primero establece como objeto ‘El presente reglamento de contratación tiene por objeto adoptar criterios para contratar la exploración y explotación de hidrocarburos propiedad de la Nación, así como fijar reglas para la selección objetiva de contratistas y la adjudicación, celebración, gestión, seguimiento, control y vigilancia de los correspondientes contratos’. Es indispensable aclarar la imprecisión cometida en la definición del objeto del reglamento en relación con que en realidad lo que debe realizar la entidad es la Asignación de áreas para la posterior exploración y explotación pues, como quedó redactado, pareciera que la actividad de explorar y explotar es responsabilidad de la ANH y esto está lejos de las funciones asignadas a la entidad.

El Acuerdo 04 de 2012 deroga el acuerdo 08 de 2004, el cual había sido establecido durante la vigencia del Decreto 1760 de 2003 y tenía por objeto ‘Fijar los criterios y procedimientos de asignación de áreas para Exploración y/o explotación de hidrocarburos de propiedad del Estado y selección de contratistas’.

⁶⁷ Congreso de la Republica, Ley 685 de 15 de agosto 2001 “Por medio del cual se expide el Código de Minas y se dictan otras disposiciones”

2.1 Proceso de selección visto desde las etapas de la Gestión contractual

El artículo 2 del Acuerdo 04 de 2012 dispone tres etapas del proceso de contratación especial para la asignación de áreas, a saber: Precontractuales, la cual se subdivide en Planeación y Selección Objetiva; la Contractual subdividida a su vez en: Celebración, ejecución y liquidación, y la Post Contractual; bajo este esquema del proceso que brinda el mismo Acuerdo se realizará el análisis del procedimiento.

2.1.1 Etapa Precontractual

La etapa precontractual tiene gran relevancia pues es allí en donde se establecen las bases del contrato a celebrar; es la fase previa de formación del contrato y se debe establecer el marco previo regulatorio del proceso de selección. El Acuerdo 04 de 2012 dispone de dos sub etapas: la etapa de planeación y la etapa de selección del contratista.

2.1.1.1 Etapa de Planeación

La etapa de planeación es previa a la realización del proceso selectivo y es allí en donde deben realizarse los estudios de factibilidad Jurídica, técnica y económica. Como lo afirma Gonzalo Suarez Beltrán, la planeación es una herramienta de gerencia pública, en donde se le pide al funcionario realizar un intercambio de información con el mercado para obtener como resultado un contrato que contenga las condiciones previsibles y que este a su vez responda a las condiciones del mercado.⁶⁸ (Suarez Beltrán, 2014).

El acuerdo 04 de 2012 establece que esta etapa parte desde la realización de los estudios previos hasta la proyección del procedimiento de selección. Comprende como actividades específicas el estudio, determinación, clasificación, actualización y publicación del inventario de Áreas continentales y costa afuera lo que implica dar a conocer sus

⁶⁸ Suárez, Gonzalo (2014). Estudios de Derecho Contractual Público. Bogotá: LEGIS.

coordinadas y la verificación de sus condiciones generales en materia social y ambiental.⁶⁹ (Acuerdo 04, 2012)

En este orden de ideas, en esta etapa se debe realizar las actividades de delimitación de áreas (artículo 5 acuerdo 04 de 2012); estudios de condiciones ambientales y sociales de las áreas, así como análisis de las condiciones económicas del sector y de los riesgos en que puede incurrir el futuro contratista y/o inversionista en la celebración del contrato; estas últimas actividades no se encuentran regladas expresamente en el Acuerdo 04 de 2012, pero son condiciones que deben ser estudiadas por la entidad antes de dar inicio al proceso de selección.

- i) Delimitación de áreas: Un área es aquella superficie continental o costa afuera que se comprende dentro de uno o varios polígonos limitados por líneas de dirección norte-sur y este –oeste. Estas delimitaciones determinan los bloques del subsuelo que se someten a proceso para ser adjudicados para la exploración y explotación de hidrocarburos.⁷⁰ (Acuerdo 04, 2012).

Las áreas ubicadas en la superficie continental del territorio Colombiano que se extiende hasta las fronteras terrestres y las líneas costeras son las denominadas áreas continentales; y aquellas situadas en una superficie definida a partir de las líneas costeras continentales e insulares que se extiende hasta las fronteras marítimas internacionales sin sobrepasar la soberanía del Estado son las llamadas áreas costa afuera que comprenden el mar territorial, la zona contigua, la zona económica exclusiva y la plataforma continental.⁷¹ (Acuerdo 04, 2012).

Existen áreas naturales con o sin intervención humana que han sido declaradas bajo la protección del Estado, con el objeto de conservar y proteger la flora y la fauna, los recursos hídricos y ecosistemas naturales para mantener el patrimonio natural y cultural del país. Estas han sido llamadas áreas protegidas⁷² (DANE, 2009), y no pueden estar dentro de las

⁶⁹ Acuerdo 04 del 4 de mayo de 2012, artículo 2 numeral 2.1.1, Agencia Nacional de hidrocarburos

⁷⁰ Acuerdo 04 del 4 de mayo de 2012, artículo 4 numeral 4.4, Agencia Nacional de hidrocarburos

⁷¹ Acuerdo 04 del 4 de mayo de 2012, artículo 4 numerales 4.6 y 4.7, Agencia Nacional de hidrocarburos

⁷² DANE (2009). Ficha técnica, sistema de información del medio ambiente, Fecha de consulta (2 de septiembre de 2015) tomado de: https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/pib/ambientales/Sima/diversidad_biologica.pdf

áreas a delimitar para la explotación de hidrocarburos ni para la realización de estudios para determinar la existencia de éstos porque el daño que se genera en el ambiente es irreparable.

No existe dentro en el decreto 714 de 2012 ‘ Por el cual se establece la estructura de la Agencia Nacional de Hidrocarburos, ANH, y se dictan otras disposiciones’ obligación expresa de la entidad de delimitar las áreas para su asignación; solo dispone el decreto en su artículo 3, numeral 4, la de asignar las áreas para la exploración y explotación; ha de entenderse que la función de realizar la delimitación de las áreas no ha sido asignada expresamente a ninguna entidad del Estado, pero esta obligación no debe recaer única y exclusivamente en cabeza de la ANH sino que debe realizarse en coordinación con el Servicio Geológico Colombiano el cual tiene dentro de sus funciones adelantar la investigación científica básica y aplicada, así como la de generar e integrar conocimientos del potencial de recurso del subsuelo y administrar los datos e información del subsuelo del territorio nacional ⁷³ (Decreto 4131, 2011) y del Instituto Geográfico Agustín Codazzi que tiene como funciones la elaboración de la cartografía básica del país y determinar las especificaciones mínimas para adelantar trabajos cartográficos entre otros⁷⁴ (Decreto 2113, 1992), actividades indispensables para la delimitación de áreas.

Aun así, el Acuerdo 04 de 2012, en su artículo 5, establece que es obligación de la ANH delimitar y determinar las áreas en función de su naturaleza y localización geográfica, características geológicas, ambientales y sociales, de la información técnica disponible del subsuelo, obligación del Servicio Geológico Colombiano que se está arrogando la ANH en un reglamento interno, y del resultado de esta delimitación, basada en estudios técnicos, ambientales y sociales, se elaborará un mapa de tierras que se pondrá a disposición de los interesados, función otorgada por decreto al Instituto Geográfico Agustín Codazzi; en este mapa se deberá establecer las áreas reservadas, protegidas, excluidas o restringidas, así como se mostrarán aquellas en que exista presencia de comunidades o grupos étnicos organizados.

- ii) Análisis de Condiciones ambientales: Si bien es cierto los estudios ambientales están presentes dentro de las condiciones del contrato a celebrar, esto no implica que el Estado en calidad de Contratante deba omitir realizar los estudios necesarios para evitar

⁷³ Decreto 4131 de 2011 ‘Por el cual se cambia la naturaleza jurídica del Instituto Colombiano de Geología y minería (INGEOMINAS), artículo 4 numerales 2 y 3.

⁷⁴ Decreto 2113 de 1992 ‘Por la cual se reestructura el Instituto Geográfico “Agustín Codazzi”’, artículo 6 Numeral 2 y 3.

problemas futuros con el contratista y determinar con certeza que las áreas que piensa asignar no tengan algún tipo de reserva ambiental que deba ser objeto de protección.

El artículo 79 de la Constitución Política establece que todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano, y es el Estado quien tiene el deber de proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines; es de esta máxima de donde debe partir la política ambiental en materia de hidrocarburos pues se debe propender por el bien ambiental y evitar al máximo el daño irreparable. Es así como el artículo 61 de la Ley 141 de 1994 dispone que ha de entenderse por protección al medio ambiente todas aquellas actividades de prevención, administración y control orientadas a garantizar la protección, diversidad e integridad del medio ambiente físico y biótico para que el medio ambiente siga prestando un servicio útil para las personas.

En este sentido es deber del Estado velar para que la afectación al ambiente sea mínima. Con ese fin la ANH, antes de asignar un área para que en ella se desarrollen actividades de exploración y producción de hidrocarburos, debe realizar los estudios necesarios para determinar si el impacto que tales actividades pueden generar no va a ser de tal magnitud que dañe irreparablemente el ecosistema. Es preciso recordar que la actividad petrolera genera un gran impacto ambiental tanto a nivel local como a nivel global y muchos de estos son irreversibles; es indispensable que el Estado realice etapas previas de análisis y estudio del medio ambiente de las áreas a asignar considerando en primera instancia que las actividades propias de las operaciones petroleras conllevan acciones como la construcción de plataformas de perforación, campamentos, pozos, construcción en muchos casos de carreteras para el acceso, lo que puede llegar a generar deforestación y por lo tanto pérdida de la biodiversidad; eso sin contar actividades de exploración que implican la realización de prospecciones sísmicas que se hacen con explosivos⁷⁵ (Bravo, 2005), así como la contaminación de fuentes hídricas cercanas a los lugares de exploración y explotación; por lo tanto, y considerando que son riesgos ambientales previsibles, puede el Estado determinar con antelación de una adjudicación en donde se corra el menor riesgo ambiental y bajo esta perspectiva asignar las áreas y no dejar toda la tarea al futuro contratista pues se corre el riesgo que éste no efectúe los estudios y análisis suficientes para determinar los riesgos ambientales y aun así obtener la licencia por parte del Ministerio del Medio Ambiente.

⁷⁵ Bravo, Elizabeth (2005); Impactos de la Exploración petrolera en America Latina, OILWATCH, consultado el 10/09/2015. tomado de: <https://www.grain.org/es/pages/programme>

Actualmente la Agencia Nacional de Hidrocarburos ha desarrollado, bajo su política estratégica ambiental, actividades para el levantamiento de información ambiental como lo es la actualización del atlas de pastos marinos y de ecosistemas marinos costeros, actualización de guía sísmica marina, actualización del manual de compensaciones por pérdida de biodiversidad para el caso de actividades petroleras “offshore” o costa fuera; como actividades de planeación para las rondas la ANH dispone que éstas abarcan las actividades de apoyo a Parques Nacionales para contar con una cartografía de las áreas protegidas y al Instituto Geográfico Agustín Codazzi para la reactivación del sistema de información de áreas de reglamentación especial ⁷⁶ (Agencia Nacional de Hidrocarburos, 2014).; estas actividades, aunque son indispensables, son insuficientes pues la ANH debería propender por contar con la información precisa y analizar los riesgos ambientales que puedan generarse en cada una de las áreas a asignar.

- iii) Análisis de condiciones sociales: Colombia es un país que ha sido reconocido por su riqueza cultural inmaterial identificada en las diversas etnias que se encuentran en el territorio nacional. Por ello, es deber del Estado proteger las riquezas culturales de la Nación⁷⁷ (Constitución Política de Colombia, 1991) conforme lo establece la Constitución Política; desde esta perspectiva el Estado debe conocer los diferentes pueblos étnicos asentados en las áreas a asignar para determinar la afectación social que puede generar el desarrollo de un proyecto hidrocarburífero en la región.

Los grupos étnicos, sociales y culturales más representativos en el país lo componen los grupos indígenas y las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras, quienes tienen una especial protección del Estado por la importancia en la permanencia y conservación de sus costumbres, cultura y lengua, lo que implica que la intervención en sus territorios debe hacerse respetando todo este patrimonio cultural; de igual manera el análisis de condiciones sociales en los estudios previos debe abarcar también el entorno social y económico de los pobladores de las regiones en donde se encuentran las áreas en donde se pretende desarrollar el proyecto, así no pertenezcan a una comunidad étnica especial, en

⁷⁶ Agencia Nacional de Hidrocarburos, (2015) Estrategia Ambiental, Seguridad, comunidades y medio ambiente, fecha de consulta (10/9/2015) tomado de: <https://www.anh.gov.co/seguridad-comunidades-y-medio-ambiente/estrategia%20ambiental/paginas/default.aspx>

⁷⁷ Constitución Política de Colombia 1991, artículo 7° “El estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana”. Artículo 8° “Es obligación del Estado y de las personas proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación”

razón a que el proyecto debe propender por beneficiar a la comunidad con oportunidades laborales, obras que la beneficien y la transferencia de tecnología que pueda brindar el inversionista, necesidades que deben exponerse previamente en los estudios previos.

Las comunidades indígenas en Colombia son agrupaciones de descendencia amerindia, con conciencia de identidad que comparten valores, rasgos, costumbres culturales, formas de gobierno y sistemas normativos propios que las distinguen de otras comunidades⁷⁸ (Decreto 2164); los pueblos ancestrales indígenas censados son 87 aunque la ONIC afirma que son en total 102 pueblos indígenas de los cuales 18 están en vía de extinción⁷⁹ (ACNUR, 2009), en total, de acuerdo con la información que reposa en el DANE⁸⁰ (Hernandez, 2010), la población total indígena en el país asciende a 1.392.623 personas de las cuales 933.800 aproximadamente se encuentran asentadas en los 710 resguardos existentes; los intereses prioritarios de la mayor parte de los grupos indígenas es la recuperación de los territorios y conservación de la biodiversidad lo que implica que la tierra tiene un profundo valor cultural para los indígenas por lo que cualquier intervención en este debe ser concertado previamente, pero esta concertación debe hacerse en primera instancia por el propio Estado y luego por la empresa inversionista.

El territorio de las comunidades negras, afrocolombianas y raizales deben ser protegidas por disposición expresa de la Constitución Política que en su artículo 63 dispone ‘Los bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo, el patrimonio arqueológico de la Nación y los demás bienes que determine la ley, son inalienables, imprescriptibles e inembargables’; adicionalmente el Convenio 169 de la OIT dispone que estos pueblos debe reconocérseles el derecho a la propiedad y la posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan indicando además que deberá garantizarse el derecho a la utilización de las tierras así no estén ocupadas por ellos

⁷⁸ Decreto 2164 del 7 de diciembre de 1995, ‘Por el cual se reglamenta parcialmente el Capítulo XIV de la Ley 160 de 1994 en lo relacionado con la dotación y titulación de tierras a las comunidades indígenas para la constitución, reestructuración, ampliación y saneamiento de los resguardos Indígenas en el territorio’, Diario Oficial 42.140 del 7 de diciembre de 1995, artículo 2 ‘() Comunidad o parcialidad indígena. Es el grupo o conjunto de familias de ascendencia amerindia, que tienen conciencia de identidad y comparten valores, rasgos, usos o costumbres de su cultura, así como formas de gobierno, gestión, control social o sistemas normativos propios que la distinguen de otras comunidades, tengan o no títulos de propiedad, o que no puedan acreditarlos legalmente, o que sus resguardos fueron disueltos, divididos o declarados vacantes’.

⁷⁹ ACNUR (2009), El trabajo del ACNUR con Pueblos Indígenas, Pueblos Indígenas en Colombia, tomado de: <http://www.acnur.org/t3/pueblos-indigenas/pueblos-indigenas-en-colombia/> fecha de consulta 18 de septiembre de 2015.

⁸⁰ Hernández, Astrid (2010), La visibilización estadísticas de los grupos étnicos colombianos, Documento DANE. Bogotá D.C., Imprenta Nacional.

pero que tradicionalmente hayan tenido acceso para sus actividades tradicionales; establece igualmente el Convenio que ‘los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos’⁸¹ (OIT, 1989). Esto indica claramente que debe realizarse algunas de las actividades de consulta previa, aun antes de la adjudicación del área para la realización del proyecto en cuanto a que se está entregando tierras que son propiedad de estas comunidades para que sean afectadas ambientalmente.

La consulta previa es una herramienta de participación con las comunidades en donde se busca abrir espacios de diálogo para discutir las implicaciones del proyecto que pretende realizarse en sus áreas de influencia; por medio de la consulta previa se analizan el impacto económico, ambiental, social y cultural que puede ocasionarse a una comunidad por la explotación de los recursos en su territorio ⁸² (Decreto 1320, 1998). Actualmente esta consulta se realiza una vez adjudicada el área y su realización está en cabeza del inversionista y/o contratista bajo la vigilancia del Ministerio del Interior y de la Agencia Nacional de Hidrocarburos – ANH; por lo que el diálogo con la comunidad se da posteriormente a la asignación de sus tierras para el desarrollo del proyecto; es por esto que se hace necesario que dentro de los estudios previos se realiza una pre consulta en donde se determine claramente en las áreas delimitadas para asignar, las comunidades étnicas presentes realizando a su vez diálogos previos para escuchar el interés de la comunidad en el proyecto informando de igual manera el impacto ambiental y social que puede presentar la realización de mismo.

Actualmente se reconoce la realización de consulta previa, en materia de hidrocarburos, solo para etapa de exploración sísmica, el cual debe ser realizado por el contratista con el acompañamiento de la Dirección Nacional de Etnias del Ministerio del Interior; la consulta para proyectos de producción de hidrocarburos que debe realizarse de igual manera por el Inversionista y/o Contratista, como parte del proceso de Licenciamiento Ambiental por lo que el organismo responsable resulta ser el Ministerio de Medio Ambiente⁸³ (Escobar, 2008), Vivienda y Desarrollo Territorial. Como es evidente se deja a

⁸¹ OIT, Convenio No. 169 de 1989, Convenio Sobre Pueblos Indígenas y tribuales.

⁸² Decreto 1320, Julio 13 de 1998, ‘Por el cual se reglamenta la consulta previa con las comunidades indígenas y negras para la explotación de los recursos naturales dentro de su territorio’, artículo 1, diario oficial No. 43.340 del 15 de Julio de 1998.

⁸³ Escobar, María Isabel (2008), Manual de Gestión para la Exploración y Producción de Hidrocarburos en áreas socialmente Sensibles, Agencia Nacional de Hidrocarburos ANH, Bogotá.

responsabilidad del Contratista el acercamiento con la comunidad por lo que el riesgo que puede presentarse es el compromiso económico del inversionista para con la comunidad con el fin de desarrollar el proyecto ya que estas comunidades, tanto las indígenas como las negritudes, en su mayoría se encuentran en precarias condiciones económicas y eso puede llevarlos a que, para beneficios, acepten sin condicionamientos la intervención en sus territorios.

- iv) Análisis de Riesgos que puedan afectar la ejecución del contrato a celebrar: En la actividad petrolera el riesgo es algo inherente a ella precisamente por el alea o la imposibilidad de conocer el resultado de pérdida o ganancia desde el inicio de la actividad. Generalmente, entre más grande sea el riesgo existe mayor probabilidad de ganancia; en este caso es necesario entender el riesgo como una variable que puede oscilar entre valores bajos y altos; es decir, una empresa petrolera que esté expuesta a un riesgo tiene una variación frente a los valores esperados inicialmente que pueden llegar a generar una pérdida o una ganancia.

‘Es lógico que el riesgo sea inherente a la empresa debido a que legitima la existencia de los beneficios corporativos, ya que estos son una recompensa por la asunción de riesgos. El empresario está dispuesto a arriesgar su capital en un proyecto para obtener un rendimiento acorde con el riesgo asumido. Los inversores que deciden invertir su dinero en un proyecto deben conocer los riesgos que enfrentan y demandar una rentabilidad coincidente. Todas las decisiones implican un riesgo y un retorno.’⁸⁴ (Del Regno, 2010)

El riesgo al que están expuestas las compañías, sean privadas o estatales, en la actividad de exploración y explotación de recursos naturales, en especial en lo relacionado con hidrocarburos, es demasiado alto por muchos factores propios de este tipo de acuerdos. Está por ejemplo el desconocimiento de yacimientos en el área que se va a explorar por lo que genera pérdida automática de la inversión si no existe hidrocarburos en el campo; aumento en los costos operativos por inconsistencias geológicas que no son previsibles mediante los estudios previos elaborados y las modificaciones regulatorias tomadas por el Estado en materia ambiental, social o económica, que pueden incrementar los costos inicialmente presupuestados por el operador.

⁸⁴ Del Regno, Leandro (2010), Evaluación de Proyectos y el riesgo: un enfoque para la Industria del petróleo y gas; Revista PETROTECNIA; edición Diciembre de 2010 págs.: 56 a 73.

- Riesgo exploratorio: Este riesgo consiste en la probabilidad existente de pérdida de los recursos invertidos por el operador, generalmente “contratista” del Estado, o de este mismo si resuelve asumir la inversión directamente, que al explorar un área e invertir en los estudios geológicos y perforar un pozo en el área, no encuentra hidrocarburos.

En este caso las empresas operadoras realizan clasificaciones de las áreas prospectivas de la región de acuerdo con una equivalencia entre riesgo –recompensa; de esta forma el portafolio de proyectos que estas mantienen respetan un equilibrio dependiendo de un alto riesgo y recompensa hasta riesgos y recompensas bajas, esto con el fin de mitigar el riesgo exploratorio en caso de perjuicio.⁸⁵ (Stewart, 2011).

- Riesgo de Producción: Este riesgo se presenta cuando la producción de un pozo exitoso no es la esperada por lo que el operador o “contratista” sufre pérdidas si la producción no se sitúa en límites razonables.⁸⁶ (Medinaceli, 2010).
- Riesgos Económicos: Los riesgos económicos están presentes en la incertidumbre al momento de realizar una inversión, que puede sufrir el “contratista” y/o inversionista en la exploración y producción de un pozo petrolero.

Por otra parte, no es inusual que la actividad petrolera en ciertos países puede verse afectada económicamente por causa de los atentados de sabotaje o terroristas en cualquiera de las etapas, sea en upstream o downstream; por una parte se contabiliza la pérdida del crudo y por el otro los costos y gastos requeridos para la reparación de la infraestructura y el resarcimiento del daño causado al medio ambiente. Por ejemplo, ECOPETROL entre los años 1986 y 1997 tuvo pérdidas de \$149.989 millones en solo el oleoducto Caño –Limón-Coveñas en términos de daños materiales y ambientales⁸⁷ (Plata, 2010).

De igual manera, la incertidumbre en la inversión aumenta en razón a la volatilidad de los precios de la industria petrolera; por lo general la proyección inicial es más baja que la ganancia real; pero en situaciones de crisis petrolera, como la vivida a finales del año 2014 y durante el año 2015 en donde el precio del petróleo bajo

⁸⁵ Stewart, L (2011), La búsqueda de petróleo y Gas, Oilfield Review, Volumen 23 No. 2, tomado de https://www.slb.com/~media/Files/resources/oilfield_review/spanish11/sum11/defining_exploration.pdf

⁸⁶ Medinaceli, M, (2010) Contratos De Exploración Y Explotación De Hidrocarburos: América Latina 2010; Quito: Organización Latinoamericana De Energía (OLADE).

⁸⁷ Plata, L (2010), Los riesgos de la actividad petrolera colombiana, Revista Fasecolda, págs. 69 a 72, tomado de: http://www.mapfre.com/documentacion/publico/i18n/catalogo_imagenes/grupo.cmd?path=1060788

considerablemente y el precio de venta vario respecto del valor proyectado al momento de la inversión es más factible la presencia de un escenario de pérdida; en presencia de una situación de crisis mundial los más afectados son los pequeños países productores de petróleo, como Colombia, en razón a que los costos no son rentables para la exploración y producción de hidrocarburos, en cuanto a que el costo de un proyecto no es viable frente a la ganancia esperada esto por “la ausencia de infraestructura de transporte y logística, los constantes bloqueos de las comunidades y por los atentados al margen de la ley, costos que deben asumir las compañías”⁸⁸ (Celedon, 2014).

- **Riesgo del Proyecto:** El proyecto en la Exploración y explotación de hidrocarburos está expuesto a riesgos que impactan directamente la ejecución del contrato celebrado con el Estado; siguiendo el esquema presentado por Leandro del Regno en su artículo sobre ‘Evaluación de proyectos y el riesgo’ se identifica como riesgos del proyecto⁸⁹ (Del Regno, 2010):

Riesgo geológico: Este riesgo responde a la incertidumbre que existe para encontrar hidrocarburos en determinada área explorada; está relacionado directamente con la efectividad exploratoria. Para mitigar este riesgo se han implementado técnicas como la exploración sísmica y los modelos de simulación probabilísticos que permitan aumentar la probabilidad de éxito, es decir, que se logre encontrar yacimientos con un gran reservorio de hidrocarburos.

Riesgo Comercial y Contractual: Del Regno estima que el riesgo comercial está relacionado con un deudor que no puede pagar determinado crédito por diversas razones como en el caso de la insolvencia; y a su vez explica que el riesgo contractual está atado a las pérdidas y daños surgidos con ocasión a la ejecución de un contrato.

Riesgo ambiental, de salud y de seguridad: El riesgo ambiental se relaciona con la afectación al ambiente por efluentes, emisiones y manejo de desperdicios, los efectos colaterales relacionados con la salud y seguridad en el entorno.

⁸⁸ Celedón, N (2014), Caída del precio del petróleo metas del 2015, Revista Portafolio.co, tomado de: <http://www.portafolio.co/economia/caida-del-precio-del-petroleo-afecta-metas-del-2015>, consultado: 19 de Julio de 2015

⁸⁹ Del Regno, Leandro (2010), Evaluación de Proyectos y el riesgo: un enfoque para la Industria del petróleo y gas; Revista PETROTECNIA; edición Diciembre de 2010 págs.: 56 a 73.

Riesgos de construcción, técnico y de operación: El riesgo de construcción se encuentra relacionado con la productividad de los recursos asociados, la infraestructura empleada para el proyecto y las operaciones de orden logístico. El riesgo técnico a su vez se coliga con los aspectos propios de la fase de ingeniería (diseños, investigación del lugar, disponibilidad de materiales y adecuación de las especificaciones técnicas). Riesgo de Operación, a diferencia del riesgo de operación del proyecto analizado previamente, este se relaciona con el riesgo del funcionamiento propio de la compañía, su relación con sus inversionistas y su relación con el mercado en concordancia con la oferta y la demanda.

- Riesgos de la Industria: En relación con los riesgos de la Industria Del Regno establece los siguientes:

Riesgos de la Competencia: Es aquel riesgo que se relaciona con el grado de competitividad en el sector, que está dada en el acceso a los mejores yacimientos en términos de producción y reserva, contar con el recurso humano más calificado y los equipos de última tecnología. ‘El riesgo de la competencia está en buscar esa ventaja competitiva’⁹⁰ (Del Regno, 2010).

Riesgo de Infraestructura: Es el riesgo que puede generar una pérdida en razón a una infraestructura deficiente, o al daño generado a la infraestructura ya existente, en la actividad petrolera un daño en la infraestructura puede generar grandiosas pérdidas y poner en riesgo la competitividad de la empresa petrolera en cuanto a que puede afectar su capacidad de producción.

Riesgos tecnológicos: Se encuentra relacionado con la vulnerabilidad a la que están expuestas las bases de datos que contienen información esencial de la compañía, software especializado y hardware requerido para la ejecución del proyecto.

- Riesgos regulatorios: Los riesgos regulatorios están relacionados con los cambios regulatorios o en la normatividad que impactan directamente la operación de la compañía y los resultados esperados. Todo cambio regulatorio tomado por el Estado puede incrementar los costos del proyecto y de esta manera hacer menos atractiva la inversión para el inversionista. De igual manera entran dentro de esta categoría los riesgos políticos generados por decisiones que pueden afectar las expectativas económicas de los inversionistas como es el caso de las imposiciones fiscales

⁹⁰ Ibídem

establecidas durante la ejecución del proyecto y que afecten directamente la operación del mismo.

2.1.1.2 Etapa de Selección Objetiva

Esta etapa se encuentra comprendida entre la regulación definitiva de los procesos de selección hasta su adjudicación, lo que involucra la definición de los términos de referencia, la escogencia del proceso de selección (Competitivo abierto, competitivo cerrado y asignación directa); la determinación de los requisitos habilitantes y los necesarios para el análisis evaluación y calificación de las propuestas⁹¹ (Acuerdo 04, 2012).

El artículo 9 del Acuerdo 04 de 2012 establece como procesos de selección: El proceso Competitivo Abierto, Competitivo Cerrado y Asignación Directa, este último proceso excepcional de selección.

2.1.1.2.1 Proceso Competitivo Abierto

El Proceso Competitivo Abierto es aquel proceso de selección que se realiza mediante convocatoria pública. La escogencia de los contratistas se realizará entre los proponentes previamente habilitados al ofrecimiento más favorable para la entidad de acuerdo con las condiciones establecidas en los términos de referencia.

El procedimiento establecido para este proceso de selección es el siguiente⁹² (Acuerdo 04, 2012):

- ✓ Para dar inicio al proceso de selección la Entidad debe expedir acto de apertura debidamente motivado el cual debe ser publicado en la página web de la ANH, y en otros medios electrónicos, este acto de apertura debe estar precedido de los estudios previos elaborados en la etapa de planeación y definir con claridad el tipo de contrato

⁹¹ Acuerdo 04 de 2012, Artículo 2 numeral 2.1.2

⁹² Artículo 11 Generalidades, numeral 11.1 Competitivos, Acuerdo 04 de 2012.

a celebrar (Exploración y Producción - E&P, Evaluación Técnica - TEA ó Especiales).

La importancia del establecimiento del acto público de apertura, el cual no estaba establecido en el acuerdo 08 de 2004, está en que se exterioriza la voluntad de la administración de dar inicio a un proceso de selección para la escogencia de un contratista, acto administrativo que tiene fuerza vinculante. Este acto de carácter general crea una situación abstracta e impersonal dirigido a una pluralidad de personas indeterminadas el cual tiene como fundamento la realización previa de estudios necesarios para establecer las condiciones del contrato a celebrar; por lo tanto este acto puede ser objeto de revocatoria directa en caso de que los estudios en que se fundamenta o el propio acto sea contrario a la Constitución, a la Ley, al interés público o derechos fundamentales; este acto puede ser objeto de revocatoria de manera discrecional por parte de la administración hasta antes de la presentación de propuestas, pues una vez presentada alguna oferta se hace indispensable pedir autorización de los proponentes, salvo que el acto haya ocurrido por ‘medios ilegales’ en donde la administración podrá revocarlo en cualquier momento hasta antes de la adjudicación o declaratoria de desierta.⁹³ (Consejo de Estado, 2014)

- ✓ Junto con los estudios previos y el acto de apertura, establece el Acuerdo 04 de 2012, deberá publicarse los términos de referencia, los cuales deben contener las reglas de participación, habilitación y selección, detallar las etapas, plazos, audiencias y actuaciones que se llevaran a cabo dentro del proceso, las causales de No Habilitación y Rechazo de las propuestas así como el contenido y forma de presentación de la misma. Los términos de referencia serán objeto de observaciones por parte de los interesados dentro de los términos establecidos para tal fin.

Los términos de referencia deben ser la expresión clara de los principios de transparencia, planeación y selección objetiva porque es allí en donde se establecen las reglas y procedimientos justos y claros para la escogencia del contratista; los términos de referencia, como los denomina el acuerdo 04 de 2012, son actos administrativos mixtos porque nacen como un acto general y al momento de la adjudicación y suscripción del contrato su clausulado debe hacer parte integrante del contrato a celebrar, sin importar el tipo de contrato escogido por la administración; los

⁹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Rad. 76001-23-31-000-1998-01093-01 (31297), Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera, 26 de Noviembre de 2014.

términos de referencia deben contener la regulación propia del procedimiento administrativo a celebrar identificando el objeto y los criterios de evaluación así como las etapas que se surtirán dentro del proceso, y de igual manera debe establecer las condiciones del negocio jurídico a celebrar⁹⁴ (Consejo de Estado, 2013). En este caso las condiciones de adjudicación y asignación de las áreas, el tipo de contrato a celebrar, sea E&P o TEA, y de gran relevancia disponer si se van a establecer las cláusulas excepcionales dentro del contrato, pues en razón a la especialidad de la contratación este requisito no es llamativo para los inversionistas extranjeros lo que puede implicar baja participación en los procesos.

Pese a que el Acuerdo 04 de 2012 no dispone reglas sobre la modificación de los términos de referencia, ha de entenderse que la modificación de estos podrá realizarse mediante adendas, tal como lo dispone el Decreto 1082 de 2015⁹⁵, y por regla general se haría aplicable el requisito de publicación establecido para la Licitación el cual responde a tres (3) días de anticipación de la fecha de entrega de propuestas.

- ✓ La convocatoria será pública mediante avisos publicados en diversos medios de comunicación y en la página web de la entidad.

En este punto es de resaltar que la Agencia Nacional de Hidrocarburos no solo hace la convocatoria por medio de avisos sino que realiza actividades previas al inicio del proceso de selección, que se denomina Ronda Colombia, en donde, para atraer inversionistas, hace visitas a países de posibles proponentes, presentando las áreas que se pretenden adjudicar y las condiciones de los contratos a celebrar.

- ✓ Se surte la etapa de habilitación y selección de la propuesta de acuerdo con lo establecido en el Acuerdo 04 de 2012 y en los términos de referencia. El informe resultante de estas etapas será objeto de observaciones por parte de los proponentes.
- ✓ Finalmente una vez surtido el proceso de verificación y evaluación de las propuestas y publicado el orden de elegibilidad definitivo se procede a adjudicar el contrato y asignar total o parcialmente las áreas; así como también procede la declaratoria de

⁹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Rad. 05001-23-31-000-1998-00833-01(25642), Consejero Ponente: Enrique Gil Botero, 24 de Julio de 2013.

⁹⁵ Decreto 1082 de 2015, artículo 2.2.1.1.2.2.1- Modificación de los pliegos de condiciones. La entidad estatal puede modificar los pliegos de condiciones a través de adendas expedidas antes del vencimiento del plazo para presentar ofertas.

desierta en los casos en que sea procedente. Tanto la adjudicación como la declaratoria de desierta deberá realizarse mediante acto administrativo motivado, el cual podrá ser revocado por la entidad si se comprueba que se obtuvo por medios ilegales, incluida la presentación de la información o documentos contrarios a la realidad.

2.1.1.2.2 Proceso Competitivo Cerrado

En este proceso de selección, la Agencia Nacional de Hidrocarburos formula invitación privada a un número plural de personas, a las cuales se les ha realizado un análisis previo de capacidad y, al igual que en el proceso competitivo abierto, se establecen unos términos de referencia en donde aparecen los criterios de evaluación.

El procedimiento establecido para este proceso cuenta con las mismas etapas anteriormente referidas en el proceso competitivo abierto. La diferencia se encuentra en la etapa de convocatoria la cual se realiza mediante invitación a las personas jurídicas determinadas que reúnan los requisitos de capacidad previamente definidos. El Acuerdo dispone que la escogencia de las personas jurídicas a quien se le envía invitación depende de ‘registros’ que se encuentren en la entidad sobre proponentes que reúnen los requisitos de capacidad, y/o mediante la realización de procesos de habilitación previos; sin embargo, de estos procesos se omite en el Acuerdo determinar la oportunidad de su realización pero se entendería que se trata de un proceso de precalificación el cual de todas maneras debe estar reglado en el reglamento especial.

2.1.1.2.3 Proceso de Asignación Directa

Este proceso de selección, por esencia debe ser excepcional, y se emplea para escoger sin la realización de un proceso competitivo previo a la persona que va a celebrar el contrato. El Acuerdo 04 de 2012 dispone que la asignación directa deberá estar precedida de autorización por parte del Consejo Directivo; de igual forma deberá establecerse su justificación, lo que indica la obligatoriedad de elaborar un acto administrativo en donde se expongan la razones que llevan a la administración a la celebración de una asignación directa

y así mismo deberá determinarse los requisitos de capacidad exigibles y los términos de la negociación.

Por disposición del principio de transparencia, aplicable a este proceso por orden expresa del artículo 76 de la Ley 80 de 1993, la asignación directa opera únicamente cuando ocurran las hipótesis o causales expuestas en el mismo reglamento; es así como el Acuerdo 04 dispuso las siguientes causales:

- i) En razón de su especial naturaleza y localización geográfica
- ii) Por sus características geológicas particulares, conforme a estudios técnicos que para el efecto adelante la ANH.
- iii) Por la presencia de restricciones sociales ambientales que pesan sobre las mismas.
- iv) Cuando no se encuentre con información técnica disponible sobre el subsuelo, y en función del cubrimiento exploratorio exigido.
- v) Por motivos de interés general, seguridad nacional o de orden político
- vi) Por consideraciones especiales de política energética o económica.

De lo anterior resulta claro que el uso de la modalidad de asignación directa solo es jurídicamente admisible cuando se verifique que la contratación se encuadra dentro de cualquiera de las causales anteriormente expuestas.

Dispone el Acuerdo 04 de 2012 que la asignación directa debe recaer sobre el proponente que cumpla con los requisitos de capacidad previamente establecidos, y establece que ‘Los programas Exploratorios, inversiones, Derechos económicos y demás conceptos que sean objeto de negociación, deberán ser superiores a los obtenidos en procedimientos de selección en competencia celebrados en los dos (2) años anteriores, todos según las características del área o áreas de que se trate’.

Etapas Contractual y Post Contractual

En la etapa contractual se establece el acuerdo de voluntades, se plasma lo establecido en los estudios y documentos previos, y se elevan a escrito los términos acordados en la negociación previa.

Por regla general dentro de la etapa contractual se encuentra el perfeccionamiento, ejecución y terminación del contrato. Así mismo lo entiende el acuerdo 04 de 2012 al disponer que dentro de la etapa contractual se encuentra la celebración, ejecución y liquidación del contrato.

La celebración y ejecución, conforme lo establece el Acuerdo, es la etapa comprendida entre la celebración y la terminación del contrato, ya sea por vencimiento del plazo o por otras causas legales o contractuales; abarca las actividades de negociación de ciertas cláusulas de orden técnico, económico, financiero o jurídico, la suscripción del tipo de contrato escogido así como el otorgamiento de las garantías, el cumplimiento de las obligaciones así como la supervisión por parte del Estado de las mismas y la celebración de las modificaciones en caso de ser necesarias.

La liquidación del contrato comprende el término desde la terminación del contrato y la liquidación definitiva de las prestaciones y compromisos de las partes.

3. Observancia de los principios en el reglamento de contratación especial para la asignación de áreas

En este aparte tratamos de dar respuesta parcial al problema específico ¿los procedimientos establecidos en los reglamentos de contratación especial, propios de la Agencia Nacional de Hidrocarburos, observan los parámetros establecidos por los principios de transparencia, economía, responsabilidad y el deber de selección objetiva y a su vez si la aplicación de dichos procedimientos cumple con los parámetros legales exigidos por cada uno de estos principios?, para el efecto analizaremos la consagración y aplicación de los principios de la contratación estatal tanto en el reglamento así mismo presentaremos un análisis del trabajo de campo realizado en el proceso de Ronda Colombia 2014 y algunos contratos suscritos en vigencias anteriores, y algunos casos específicos que no permitieron la ejecución de algunos contratos.

3.1 Observancia al Deber de selección Objetiva

El deber de Selección Objetiva se encuentra expresamente consagrado en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 y dispone que ‘es objetiva la escogencia que se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva’. Acto seguido el mencionado artículo dispone que los criterios de selección deberán responder a criterios de

capacidad jurídica, condiciones de experiencia y de organización los cuales serán objeto de verificación y a la ponderación de factores de calidad y precio.

El ofrecimiento más favorable es aquel que resulta con mejor ventaja para la entidad luego de analizar los factores de escogencia, tales como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo, precio y la ponderación precisa, detallada y concreta de los mismos el cual debe estar reflejado en los pliegos de condiciones o en el análisis efectuado previamente a la suscripción del contrato si se trata de contratación directa⁹⁶ (Consejo de Estado, 2012); es decir aquel que resulte con la más alta calificación de acuerdo con lo establecido por la entidad en los pliegos de condiciones.

En estas condiciones es preciso entrar a determinar si estos requisitos son cumplidos en el reglamento de contratación especial para la asignación de áreas expedido por la Agencia Nacional de Hidrocarburos – Acuerdo 04 de 2012.

El acuerdo 04 de 2012 que establece el procedimiento de asignación de áreas para la exploración y explotación de hidrocarburos, dispone en su artículo 3 numeral 3.8 que la adjudicación de los procesos allí contemplados recaerá sobre la propuesta más favorable para la Entidad. De esta manera exige el reglamento la observancia en el cumplimiento de los factores de escogencia que se encuentren contemplados en el pliego de condiciones.

3.1.1 Criterios Habilitantes exigidos frente a los parámetros de la selección objetiva

El reglamento establece en su artículo 13 los criterios de Habilitación disponiendo entre ellos la Capacidad Jurídica, la Capacidad Económica, la Capacidad Financiera, la Capacidad Técnica y Operacional y la Capacidad Medioambiental y la Responsabilidad Social Empresarial.

i) Capacidad Jurídica

El reglamento en su artículo 14 hace una precisión sobre la capacidad jurídica así: ‘Tienen aptitud para celebrar con la ANH contratos destinados a la exploración y explotación de hidrocarburos las personas jurídicas nacionales y extranjeras consideradas legalmente capaces por el ordenamiento superior y cuyo capital esté representado en acciones o cuotas o

⁹⁶ Consejo de Estado (2012), Sala de lo contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Radicación No. 17001-23-31-000-1997-08034-01(20688), Referencia: Acción de Nulidad y restablecimiento del Derecho (Asuntos Contractuales) Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio, 8 de febrero de 2012.

partes de interés nominativas, sea de manera individual conjunta, en este último caso, bajo la modalidad de Consorcio, Unión Temporal o Promesa de sociedad futura'. Llama la atención en esta definición la omisión absoluta a la posibilidad de presentar propuesta por parte de una persona natural así como la exigencia taxativa referida a que solo pueden presentar propuesta las personas jurídicas cuya composición social sea la representación accionaria y/o partes de interés nominativa, cerrando la posibilidad de presentar propuestas a las sociedades que cuenten con una modalidad diferente de composición de capital; si bien es cierto el reglamento propende por una selección objetiva en busca de la propuesta más favorable para la entidad, de igual manera limita la participación lo que por ende hace menos objetiva la selección.

El mismo artículo en su numeral 14.1 establece que el objeto social de la empresa proponente debe establecer el desarrollo de 'actividades' de exploración y explotación de hidrocarburos, solo para proponentes individuales pero para los proponentes plurales su objeto social puede contener actividades complementarias a las anteriores; en este caso, a nuestro juicio, no es consecuente que la entidad permita que el operador del área tenga dentro de su objeto social el desarrollo de actividades, sean principales o complementarias, relacionadas con la exploración y explotación de hidrocarburos pues, la exploración y explotación de hidrocarburos se compone de una serie de actividades entre las que se encuentran las prestación de servicios técnicos en las áreas de geo ciencias e ingeniería de petróleos, actividades de geología, geofísica, geoquímica, perforación de pozos, ingeniería de yacimientos, actividades sísmicas, entre otras, las cuales son realizadas por lo general por empresas especializadas en cada una de ellas, pero no en la integralidad del proyecto. Es por esto que consideramos que permitir que una empresa dedicada a una de estas especialidades pueda hacerse cargo de todo el proyecto es un despropósito que puede terminar en un riesgo futuro en la ejecución del contrato.

Si bien es cierto que, por lo general, ninguna empresa desarrolla por sí sola todas las actividades de exploración y explotación, existen las empresas dedicadas a la gerencia de este tipo de proyectos con capacidad de administrar la diversidad de contratos surgidos con ocasión a la ejecución de los mismos de manera integral. Por otra parte, permitir que un proponente plural cuente con dos objetos disímiles a nuestro juicio lleva a un fracaso rotundo en la ejecución del proyecto en caso de disolución del consorcio, unión temporal o promesa de sociedad futura en razón a que, a falta de uno de los integrantes, el otro puede culminar la ejecución del proyecto, pero para ello debe ser jurídicamente capaz de realizarlo y por tanto su objeto social debe contener las actividades propias para la ejecución del contrato.

ii) Capacidad Financiera

En relación con la verificación de la capacidad financiera, establece el Acuerdo 04 de 2012 que el proponente debe acreditar que cuenta con la capacidad económico y financiera, tanto para atender los proyectos y los compromisos a su cargo, como para asumir las obligaciones y prestaciones derivadas de los contratos⁹⁷ (Acuerdo 04, 2012). En los términos de referencia de la Ronda Colombia 2014 que tiene por objeto ‘seleccionar de manera objetiva, entre proponentes previamente habilitados en función de los requisitos de capacidad fijados en estos términos de referencia y en estricta igualdad de condiciones, los ofrecimientos más favorables para la ANH y para los fines que esta se propone conseguir, en orden a asignar, áreas determinadas para la exploración y explotación de hidrocarburos propiedad de la Nación mediante Contratos de Evaluación Técnica – TEA y/o exploración y explotación de los hidrocarburos E&P, previa convocatoria pública y con sujeción al ordenamiento superior aplicable y a los citados términos’⁹⁸ (Ronda Colombia 2014), en su numeral 1.16 define la capacidad económico financiera: ‘Es el respaldo o la solvencia de orden económico financiero que debe tener la persona jurídica o el conjunto de personas jurídicas, Proponente Individual o Plural respectivamente, que aspire a la asignación de Áreas destinadas a la evaluación técnica y a la exploración y explotación de hidrocarburos, tanto para atender sus operaciones ordinarias y los proyectos a su cargo, como para asumir las obligaciones y prestaciones derivadas del o de los Contratos que lleguen a celebrarse como resultado de la adjudicación de este Procedimiento de Selección, de acuerdo con los parámetros que se establecen en los presentes Términos de Referencia’; se establece que la capacidad financiera para cada área objeto de propuesta se determina en función del patrimonio neto residual, la capacidad de endeudamiento y la cobertura del servicio de la deuda, igualmente disponen los términos de referencia que:

‘La capacidad Económico Financiera exigida al proponente individual o plural para la Habilitación, varía en función del tipo de área y de yacimiento así:

6.5.1 Áreas Tipo 1

⁹⁷ Agencia Nacional de Hidrocarburos, Acuerdo 04 de 2012 artículo 16.

⁹⁸ Agencia Nacional de Hidrocarburos, Términos de Referencia, Ronda Colombia 2014, consultados en: <http://www.rondacolombia2014.com/index.php/2-terminos-de-referencia>

- ✓ *Continetales - Yacimientos Descubiertos No Desarrollados - Contratos de Exploración y Producción, -E&P la Capacidad Económico Financiera debe ser igual o superior a dos millones de dólares de los Estados Unidos de América (USD 2.000.000), por cada Área propuesta.*

- ✓ *Continetales, prospectivas para Yacimientos Convencionales - Contratos de Exploración y Producción, -E&PLa Capacidad Económico Financiera debe ser igual o superior a seis millones de dólares de los Estados Unidos de América (USD 6.000.000), por cada Área propuesta.*

- ✓ *Costa Afuera (Offshore), prospectivas para Yacimientos Convencionales - Contratos de Exploración y Producción, -E&P La Capacidad Económico Financiera debe ser igual o superior a doscientos millones de dólares de los Estados Unidos de América (USD 200.000.000), por cada Área propuesta.*

6.5.2 Áreas Tipo 2 - Continetales con prospectividad para Yacimientos No Convencionales - Contratos de Exploración y Producción, -E&P

La Capacidad Económico Financiera debe ser igual o superior a doscientos millones de dólares de los Estados Unidos de América (USD 200.000.000), por cada Área propuesta.

6.5.3 Áreas Tipo 3

- ✓ *Continetales con prospectividad para Yacimientos Convencionales - Contratos de Evaluación Técnica, -TEA*

La Capacidad Económico Financiera debe ser igual o superior a veinte millones de dólares de los Estados Unidos de América (USD 20.000.000), por cada Área propuesta.

- 7. *Costa Afuera (Offshore), prospectivas para Yacimientos Convencionales – Contratos de Evaluación Técnica, -TEA*

La Capacidad Económico Financiera debe ser igual o superior a doscientos millones de dólares de los Estados Unidos de América (USD 200.000.000), por cada Área propuesta’

De lo anterior ha de entenderse entonces que los valores exigidos en los términos de referencia se relacionan con el valor probable de la inversión por cada área, pero al comparar este requisito con lo establecido en los estudios previos no es posible determinar de dónde se obtienen los valores probables de inversión, los cuales a su vez son exigidos al proponente; esto indica, a nuestro sentir, que estos valores pueden responder a

consideraciones de orden subjetivo en razón a que no están contemplados previamente en los estudios de orden económico, que en virtud del principio de selección objetiva y de economía deben efectuarse por la entidad e igualmente son parte del proceso de selección, se afecta la escogencia de la oferta más favorable para la entidad al no existir un soporte conocido que permita al proponente controvertir los estudios efectuados.

iii) Certificaciones de Calidad

La ANH, en sus términos de referencia para la Ronda 2014, solicita certificados de gestión de calidad para acreditar la capacidad medio ambiental y la capacidad en materia de responsabilidad social empresarial así:

‘6.7 Acreditación de Capacidad Medioambiental

El Proponente Individual o el Operador, en casos de Proponentes Plurales, que aspire a la asignación de Área o Áreas destinadas a la exploración y explotación de hidrocarburos, debe demostrar haber implantado y puesto en ejecución sistemas de gestión ambiental para el seguimiento y la medición de las operaciones, y para el desarrollo de las actividades que puedan tener impacto en los recursos naturales y el ambiente.

Tal demostración puede tener lugar mediante certificación ISO 14001, u otra equivalente.

6.8 Acreditación de Capacidad en Materia de Responsabilidad Social Empresarial

El Proponente Individual o el Operador en casos de Proponentes Plurales, que aspire a la asignación de Área o Áreas destinadas a la exploración y explotación de hidrocarburos, deben demostrar haber implantado y puesto en ejecución normas, prácticas y metas corporativas de Responsabilidad Social Empresarial.

Tal demostración puede tener lugar mediante certificado que compruebe haber adoptado y puesto en ejecución parámetros o normas nacionales o internacionales como ISO 26000 o similares.’

Esta disposición es abiertamente contraria a lo dispuesto en el parágrafo 2 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 el cual dispone que no podrá exigirse dichas certificaciones como requisitos habilitantes ni como criterios objeto de evaluación; al realizar esta exigencia se constituye en cláusulas limitativas que como dice la Corte Constitucional ‘resulta inadmisibles la inclusión en los pliegos de condiciones de cláusulas limitativas que no se encuentren autorizadas por la Constitución y la Ley, puesto que ellas impiden la más amplia oportunidad

de concurrencia y atentan contra los intereses económicos de la entidad contratante'⁹⁹ (C 713, 2009); de esto se puede concluir que la sola exigencia de este requisito atenta contra la libre competencia en cuanto a que limita la participación solo a los proponentes que cuenten con dichas certificaciones lo que implica que la escogencia de la propuesta más favorable carece de objetividad al establecer este tipo de requisitos.

3.1.2 Requisitos de Evaluación exigidos frente a los parámetros de la selección objetiva

Una vez analizados los criterios de verificación exigidos en este procedimiento junto con sus defectos formales y de fondo, es preciso entrar a realizar una exposición crítica de los requisitos de evaluación exigidos en el reglamento frente a la aplicación dentro de los términos de referencia y la presentación de las propuestas, para este caso continuamos analizando la Ronda 2014, para culminar con el examen acerca de la escogencia de la propuesta más favorable uno de los factores del deber de selección objetiva.

El artículo 21 del Acuerdo 04 establece: 'Artículo 21. Calificación: La calificación de las propuestas validadas tiene por objeto establecer el orden final o definitivo de elegibilidad para efectos de la adjudicación del o de los contratos proyectos y de la asignación del o de las áreas correspondientes a los mismos.

Debe llevarse a cabo como resultado de la evaluación de los factores de ponderación precisamente determinados en las reglas, pliegos o términos del procedimiento y en el orden allí dispuesto.

Entre tales factores pueden figurar en forma acumulativa o disyuntiva uno o más de los siguientes:

- Programa exploratorio adicional ofrecido e inversión propuesta para desarrollarlo, por encima de los mínimos obligatorios.
- Porcentaje de participación en la producción ofrecido.
- Otros beneficios económicos
- Retribuciones de otra índole.'

De lo dispuesto por el artículo 21 se entiende que serán criterios de calificación: el programa exploratorio adicional ofrecido e inversión propuesta para desarrollarlo, en este

⁹⁹ Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C- 713 de 2009, Expediente D-7663, Magistrada Ponente María Victoria Calle Correa, 7 de octubre de 2009.

caso el proponente ofrece más actividades exploratorias en donde manifiesta las oportunidades y el plazo para desarrollarlas incluyendo el valor de la inversión adicional para sufragar los costos de las actividades adicionalmente ofrecidas; el porcentaje de producción ofrecido entendido como el porcentaje de la producción neta que los proponentes ofrecen a la ANH como retribución por el otorgamiento del contrato y la asignación del área; más otros beneficios económicos y retribuciones de otra índole; siendo los dos últimos tópicos bastante ambiguos en su redacción lo que no permite determinar qué tipo de condiciones son objeto de valoración.

A nuestro juicio no se le brinda certeza a los interesados en el proceso de selección sobre que puede entenderse como otros beneficios económicos y retribuciones de otra índole, pues no se encuentra su definición dentro del reglamento y a su vez no se puede inferir del mismo a que actividades u ofrecimientos puede hacerse referencia, de igual manera no permite determinar de dónde puede provenir estos factores o como pueden llegar a establecerse en razón a la especificidad del proyecto, en este aspecto el acuerdo 04 de 2012 en nuestra opinión contraria el deber de selección objetiva al no establecer con claridad y precisión los parámetros a emplear para la valoración de las propuestas y limita a su vez a la entidad a solo aplicar las reglas que no le generen dudas o le sean confusas, que para el caso de aplicación solo se traduciría en los otros dos aspectos, sea preciso aclarar que el acuerdo en mención sólo está reglamentando un proceso técnico específico que involucra actividades claramente identificables por lo que si pretende reglamentar los criterios de selección debe hacerlo de manera clara y obedeciendo los parámetros establecidos en el estatuto general de contratación pública observando por lo menos criterios de calidad, técnicos y de orden económico.

Ejemplo de lo anterior se evidencia en la Ronda Colombia 2014 se estableció como único criterio de evaluación, la mayor participación porcentual en la producción ofrecida, entendida como el porcentaje de la producción neta que ofrecen los proponentes a la ANH como retribución por el otorgamiento del contrato y la asignación del área y que debe pagarse en dinero y/o en especie y, como requisito de desempate, la mayor inversión adicional en exploración sobre el programa mínimo exploratorio, que hace alusión a la suma de dinero adicional que el proponente se compromete invertir para sufragar los costos y gastos de las actividades exploratorias adicionales propuestas por encima de las establecidas por la entidad en el programa mínimo.

En nuestro sentir, al establecer un único factor de elegibilidad, deja en entredicho si realmente se escoge la propuesta más favorable para la entidad en razón a que reduce a un

solo t3pico, el econ3mico, la adjudicaci3n para la ejecuci3n del contrato y la futura inversi3n, no se consideraron dentro de los requisitos de calificaci3n criterios de orden t3cnico desconociendo de esta manera lo dispuesto en el numeral 2 art3culo 5 de la Ley 1150 de 2007 que establece que ‘La oferta m3s favorable ser3 aquella que, teniendo en cuenta los factores t3cnicos y econ3micos de escogencia y la ponderaci3n precisa y detallada de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, resulte ser la m3s ventajosa para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos’; si bien es cierto por el tipo de contrataci3n a celebrar es importante obtener beneficios econ3micos adicionales para el Estado tambi3n lo es que este no puede convertirse en el 3nico factor a ponderar en raz3n a que la ejecuci3n implica el desarrollo de una serie de actividades t3cnicas de las que depende no solo el equilibrio econ3mico del contrato sino que a su vez afectan a la colectividad que los rodea es por esto que con prudencia opinamos que pueden considerarse otros criterios que benefician a la administraci3n, como por ejemplo entrar a valorar el tipo de equipos que se van a emplear que puedan minimizar el da1o ambiental, o la transferencia de tecnolog3a que pueda ofrecerse a la comunidad entre otros.

Al desconocer otros factores objeto de evaluaci3n, a nuestro sentir, se deduce qu la administraci3n est3 considerando que todas las propuestas ofrecidas son de similar calidad, corvintiendo el proceso competitivo simplemente en un concurso de precios; si bien es cierto el modelo establecido en los t3rminos de referencia, previa regulaci3n del reglamento de asignaci3n de 3reas, obedece al esquema de ‘State Take’¹⁰⁰ (Lopez, 2012) el cual responde a cualquier participaci3n directa del Estado en la producci3n, no puede obviarse de por si los requerimiento t3cnicos que permitan obtener mayor calidad en la ejecuci3n del contrato

3.2 Observancia del Principio de Transparencia

La importancia del Principio de Transparencia, sobre el cual basaremos nuestro an3lisis, est3 en determinar si en la formaci3n del contrato se realiz3 publicidad previa de las bases del proceso de selecci3n, y que la selecci3n sea imparcial sin obedecer a ning3n tipo de afecto subjetivo. En este orden de ideas el Principio de Transparencia conlleva el

¹⁰⁰ Lop3z, Enrique y otros (2012), La econom3a Petrolera en Colombia. Marco legal contractual y principales eslabones de la cadena de producci3n, Revista Borradores de Econom3a Num. 692, Banco de la Rep3blica.

cumplimiento de los principios de publicidad, imparcialidad, igualdad y moralidad¹⁰¹ (Consejo de Estado, 2007)

3.2.1 Establecimiento de modalidades de selección

El Principio de Transparencia se caracteriza porque exige el establecimiento de unas modalidades claras de selección; es así como el artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 dispone los procedimientos aplicables para el Estatuto General de la Contratación Pública, lo que implica que para cumplir con el Principio de Transparencia deben existir modalidades claras de contratación, con reglas también claras, que permitan abiertamente la participación de los proponentes.

Ahora bien, el Acuerdo 04 de 2012 establece dentro de su reglamentación los procedimientos aplicables para la asignación de áreas, los cuales explicamos previamente, referidos al Proceso Competitivo Abierto, Proceso Competitivo Cerrado y Asignación Directa, que cuentan con reglas específicas para su procedencia y con un procedimiento reglado; el proceso de Ronda Colombia 2014, objeto de análisis, se llevó a cabo bajo el Proceso Competitivo Abierto convocado públicamente.

Hasta el momento no existe registro de la realización del Proceso Competitivo Cerrado, y eso se debe a lo reciente del Acuerdo y a la gran complejidad propia del lanzamiento de una ronda.

El Proceso de Asignación Directa, reglado por el Acuerdo 08 de 2004 que hacía referencia al proceso de contratación directa, fue suspendido mediante el Acuerdo 02 de 2010 bajo el entendido que se obtenían mejores resultados cuando el proponente se escoge por medio de procesos competitivos y en el mismo Acuerdo se solicita modificar el procedimiento para que responda más acertadamente a las necesidades del sector, especificando que este procedimiento solo será una excepción sujeta al establecimiento de capacidades y a la negociación de programas específicos; es así como se crea el Proceso de Asignación Directa, el cual hasta el momento no ha sido empleado por la ANH, tal vez manteniendo la posición del Consejo Directivo de esta Entidad.

La ANH se encuentra preparando el Acuerdo 05, el cual busca modificar lo excepcional de la contratación directa dispuesta en el acuerdo 04 de 2012¹⁰² (Revista Dinero,

¹⁰¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio, Radicado (24.715)(25.206)(25.409) y acumulados; 3 de diciembre de 2007.

2015) , y convertirlo, a nuestro parecer, en la regla general, todo con el fin de mitigar la caída de las inversiones en exploración motivada principalmente por la sustancial reducción en el precio internacional del petróleo en los últimos tiempos; si bien es cierto que la idea es atraer más inversionistas al país, esto debe hacerse cautelosamente porque no puede vulnerar el Principio de Transparencia, a lo cual, a nuestro sentir, al colocar una contratación directa no excepcional elimina la pluralidad de proponentes y vulnera la libre competencia. Es nuestra opinión que el desconocimiento a un principio fundamental en nada ayuda al mejoramiento de la industria

3.2.2 Actuaciones públicas

Dispone el artículo 24 de la Ley 80 de 1993 que uno de los requisitos exigidos para el cumplimiento del Principio de Transparencia es la necesidad de hacer públicas las actuaciones de la administración; la obligatoriedad de publicar la actividad contractual no es solo dada para quienes contratan por medio del Estatuto General de la Contratación Pública sino de igual manera a todas aquellas entidades que contraten bajo regímenes especiales¹⁰³ (Circular Externa No. 1, 3 de Junio de 2013) , por lo que es indispensable que toda las actuaciones surgidas dentro de los procesos de contratación excepcional de hidrocarburos deben ser publicadas en el SECOP.

El Acuerdo 04 de 2012 exige que todas sus actuaciones sean públicas indicando que deben publicarse en cualquier medio de difusión masiva, en especial en la página web de la entidad. Al verificar el proceso de Ronda Colombia 2014¹⁰⁴ , todas las actuaciones surgidas dentro del proceso fueron publicadas en la página web de la ANH, así como los contratos suscritos con cada uno de los adjudicatarios, quedando pendiente por publicar las actuaciones surgidas en la adjudicación del contrato.

Se resalta del proceso de selección Ronda Colombia 2014 que, a diferencia de los procesos de Ronda realizados con anterioridad, cuenta con todos los soportes documentales

¹⁰² Revista Dinero, Gobierno Ultima detalles para Contratación directa con Petroleras, tomado de <http://www.dinero.com/inversionistas/articulo/gobierno-ultima-detalles-para-contratacion-directa-petroleras/215468> fecha de consulta 3 de noviembre de 2015.

¹⁰³ Agencia Nacional de Contratación Pública, Circular Externa No. 1 del 21 de Junio de 2013.

¹⁰⁴ Esta información se puede consultar en <http://www.rondacolombia2014.com/index.php/2-terminos-de-referencia/contratossuscritos>

debidamente publicados. Por el contrario, en los procesos previos no se conocen los documentos del proceso lo que impide registrar con certeza lo sucedido. A manera de ejemplo, se cita la ausencia en la Ronda Colombia 2008 de la publicación de los contratos y del informe de evaluación.

3.3 Observancia del Principio de Economía

El Principio de Economía es otro de los contemplados en el artículo 76 de la Ley 80 de 1993 para que sea observado en los procesos excepcionales de contratación objeto de estudio. Este principio busca que la actividad contractual responda a un orden específico; que ésta no sea el producto de una serie de decisiones caprichosas sino que por el contrario obedezca a una planeación que busque satisfacer las necesidades en general¹⁰⁵ (Consejo de Estado, 2011); para esto es necesario que la administración cuente con los estudios y documentos previos que otorguen viabilidad de orden técnico, económico y jurídico para avanzar con el proceso a adelantar.

Del Principio de Economía, consagrado en el artículo 25 de la Ley 80 de 1993, se extraen como elementos fundamentales la elaboración de estudios y documentos previos, la realización de los análisis de riesgos, el deber de planeación en donde se identifiquen las condiciones en donde se desarrolla el contrato y la necesidad de solicitar la garantía única de cumplimiento. Considerando estos aspectos como fundamentales para determinar la debida observancia del Principio de Economía, el análisis crítico se desarrollará analizando el cumplimiento en estos requisitos.

3.3.1 Estudios y Documentos previos

En relación con el principio de economía dice el Consejo de estado: ‘el deber de planeación, en tanto manifestación del principio de economía, tiene por finalidad asegurar que todo proyecto esté precedido de los estudios de orden técnico, financiero y jurídico

¹⁰⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia 1995-08670, Radicado 25000-23-26-000-1995-0867-01 (17767); Consejera Ponente: Olga Mélida Valle de la Hoz; 31 de enero de 2011.

requeridos para determinar su viabilidad económica y técnica y así poder establecer la conveniencia o no del objeto a contratar, si resulta o no necesario celebrar el respectivo negocio jurídico y su adecuación a los planes de inversión'¹⁰⁶ (Consejo de Estado, 2012).

La exigencia establecida por el artículo 76 de la ley 80 de 1993, que implica que los procesos de selección de régimen excepcional para la exploración y explotación de recursos naturales deben observar los principios allí establecidos, obliga que los reglamentos establecidos contengan todos los componentes de cada uno de los principios exigidos, lo que indica que debe ser plenamente exigible el requisito de la elaboración de los estudios previos con antelación a la realización de los procesos; es preciso recordar que estos estudios son obligatorios en todos los eventos contractuales, en razón a que son documentos esenciales para la contratación pues por medio de ellos se motiva la necesidad de la celebración del futuro contrato por medio de análisis serios y completos 'Así las cosas, independientemente de la modalidad de selección que proceda, resultan obligatorios los estudios previos, para todos los eventos contractuales, con la única salvedad de la contratación por urgencia manifiesta, de modo que son documentos esenciales para la contratación en atención a los fines de la administración pública, ya que esta no puede obedecer al capricho o voluntad de quienes la celebran sino que su realización debe motivarse de manera muy clara y precisa en los estudios previos' ¹⁰⁷ (Consejo de Estado, 2014); su desconocimiento, entonces, vulnera los principios propios de la contratación pública.

El numeral 2.1.1 del Acuerdo 04 de 2012 hace una breve mención a la realización de estudios previos al inicio de los procesos de selección los cuales deben comprender la actualización del inventario de Áreas Continentales y Costa Afuera de las Áreas Reservadas, disponibles o asignadas, la verificación de las condiciones sociales y medio ambientales de las áreas que se pretenden asignar y el examen, evaluación y determinación de los proyectos a celebrar; deja de lado el Acuerdo la necesidad de los estudios socioeconómicos y del sector indispensables para determinar condiciones propias de los contratos y la determinación de las garantías requeridas para la realización de los proyectos las cuales deben estipularse de acuerdo con este tipo de contratos no solo con las actividades a desarrollar dentro de la

¹⁰⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 199-00546, 28 de mayo de 2012. Consejero Ponente Ruth Stella Correa Palacio.

¹⁰⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia 2012-00762, 20 Octubre de 2014. Consejero Ponente: Luis Rafael Vergara Quintero.

ejecución de los contratos sino a su vez de factores externos de acuerdo con la actividad económica y la situación real del sector, análisis que deben realizarse previamente a la celebración del contrato.

Verificando las rondas celebradas por la Agencia Nacional de Hidrocarburos para la asignación de áreas para la exploración y explotación de hidrocarburos, la Ronda Colombia 2014 es la única que cuenta con un documento denominado estudios previos; las anteriores rondas solo muestran las áreas para asignación con sus respectivas coordenadas¹⁰⁸. Esto, a nuestro juicio, indica que puede existir vulneración del Principio de Economía en la celebración de los procesos en mención. Si bien es cierto la Ronda 2014 es el primer proceso de selección que se realizó bajo el amparo del Acuerdo 04 de 2012 también lo es que la exigencia en la observancia al Principio de Economía está dado por el Estatuto de Contratación Pública que es una norma de nivel superior, previa a la creación misma de la ANH, por lo que es inexcusable su inaplicabilidad.

Ahora bien, analizando los estudios previos¹⁰⁹ (Ronda Colombia 2014) soporte de la Ronda Colombia 2014, se resalta la alusión que estos hacen al plan de desarrollo aplicable para la época (Ley 1450 de 2011) y a la meta allí establecida indicando que la realización del proceso selectivo contribuirá al cumplimiento de tal meta; se justifica la selección del procedimiento elegido por la ANH, el cual es Proceso Competitivo Abierto; se presenta el Programa Mínimo de Exploración de acuerdo al área y yacimiento, así como la capacidad técnica, operacional y económica financiera exigida; relaciona los criterios de selección que serán exigidos y de los estudios sociales y ambientales realizados por la entidad en conjunto con las autoridades respectivas. Es de anotar que la presentación de estos estudios indica detalladamente cómo se realizaron pero no señalan los resultados obtenidos. Se puede evidenciar en el documento objeto de análisis que los estudios previos carecen de un análisis de riesgos, no cuentan con una disertación sobre la exigencia de garantía, ni presentan un análisis de las condiciones del sector económico para la fecha de realización del proceso, estudios éstos relevantes pues permiten determinar condiciones futuras a la celebración del

¹⁰⁸ Agencia Nacional de Hidrocarburos, Procesos Anteriores, consultado en: <http://www.anh.gov.co/Asignacion-de-areas/Procedimientos-de-Seleccion/Procesos%20Anteriores/Paginas/default.aspx> fecha de consulta 11 de Noviembre de 2015.

¹⁰⁹ Agencia Nacional de Hidrocarburos, Ronda Colombia 2014, ‘ Estudio Previo que fundamenta el objeto, el alcance y la viabilidad técnica Jurídica y económico – financiera del Procedimiento de Selección de Contratistas “Ronda Colombia 2014”’; 10 de Febrero de 2014; consultado en: <http://www.rondacolombia2014.com/index.php/2-terminos-de-referencia/estudios-previos>; fecha de consulta (11 de noviembre de 2015)

contrato y de esta manera evitar la realización de modificaciones a los mismos, así como reajustes o cambios en las condiciones inicialmente establecidas. De igual manera al no brindar con claridad los resultados de los estudios ambientales y sociales obtenidos implica para el futuro proponente requerir la información, si desea conocer las condiciones en las que se encuentran las áreas ofrecidas por la administración, generando de esta manera que la información no sea conocida por todos los participantes. No puede dejarse de lado que en cumplimiento del Principio de Publicidad deben darse a conocer todos los estudios realizados por la entidad previamente a la realización del contrato de manera equitativa a todos los interesados.

3.3.2 Análisis de Riesgos previsibles en los términos del art. 4 de la Ley 1150 de 2007

La entidad estatal debe analizar los riesgos previsibles de la contratación previamente a la celebración del contrato con el fin de evitar futuros conflictos con el contratista por posible alteración del equilibrio económico del contrato, el cual tiene lugar por la aparición de ‘circunstancias extraordinarias e imprevisibles ajenas al contratista y que hacen excesivamente onerosa la prestación a su cargo’¹¹⁰ (Palacio Jaramillo M. T., 2008); de aquí la importancia de analizar los riesgos previsibles, tipificándolos, estimándolos y asignándolos antes de la realización del proceso de selección para que cuando estos riesgos se presenten se mitiguen atendiendo a quien sea responsable conforme al análisis previamente realizado y discutido y aceptado por el contratista.

Un análisis de riesgo se basa en realizar un enfoque estructurado entre estrategias, procesos y el recurso humano y/o tecnológico que permitan identificar los riesgos y establecer la manera más eficiente de mitigarlos ¹¹¹ (Bazan Navarrete); si bien la industria petrolera mide su ganancia de acuerdo al riesgo en razón a que el inversionista está dispuesto a arriesgar su capital para obtener un rendimiento con el riesgo asumido, el Estado también debe medir los riesgos a los que estaría directamente involucrado en la ejecución del proyecto,

¹¹⁰ Palacio, María (2008), Derogatoria de la garantía de utilidad de contratistas frente al reconocimiento del equilibrio económico del contrato, V Jornadas de Contratación Estatal, Universidad de los Andes. Bogotá.

¹¹¹ Bazán, Gerardo (2010); La Declinación de reservas se identifica como problema clave de la industria, tomado de: <http://energiaadebate.com/analisis-de-riesgos-en-la-industria-petrolera/> fecha de consulta 13 de Noviembre de 2015

pues la inoportuna mitigación de un riesgo puede afectar la utilidad esperada¹¹² (Del Regno, 2010).

Los contratos reglados por el Acuerdo 04 de 2012, referidos a la exploración y explotación de hidrocarburos, y la industria a la que están dirigida los procesos selectivos allí establecidos, conllevan un alto nivel de riesgo desde la realización del procedimiento contractual hasta su adjudicación y, por supuesto, la ejecución del contrato; si bien el tipo de contrato a celebrar conlleva en sí mismo la aceptación del riesgo por parte del contratista, esto no implica que el Estado deba omitir la realización una análisis de los riesgos previsibles que puedan alterar la ecuación contractual inicial .

La actividad petrolera en Colombia, de acuerdo con un estudio realizado por FASECOLDA¹¹³ (Plata, 2010) , se encuentran expuesta a riesgos de origen natural como los sismos, lluvias e inundaciones; y riesgos antrópicos como es el caso de poca pericia por parte de los trabajadores, riesgos políticos, sabotajes y actos terroristas; riesgos que no son desconocidos por el Estado pues ECOPETROL, empresa petrolera estatal, ha sido víctima de estos riesgos en especial de los antrópicos por actos terroristas y de sabotaje lo que llevó a la entidad a protegerse mediante pólizas de seguro que respondan por los daños ocasionados a la infraestructura y a su entorno.

Los riesgos relacionados con actos terroristas y de sabotaje son previsibles siempre y cuando se cuente con un estudio de seguridad que permita determinar si en el perímetro del área que se pretende asignar existe presencia de grupos al margen de la ley. En un país como Colombia es posible acceder a esta información a través del levantamiento de datos realizado por las Fuerzas Militares y de Policía o a través de informes que han realizado diversas Organizaciones como la ‘Fundación Paz y Reconciliación’.

Estos riesgos relacionados con la seguridad, debe estar siempre en cabeza del Estado, porque es su deber la protección de todos los ciudadanos¹¹⁴ (Constitución Política de

¹¹² DEL REGNO, LEANDRO (2010), Evaluación de Proyectos y el riesgo: un enfoque para la Industria del petróleo y gas; Revista PETROTECNIA; edición Diciembre de 2010 págs.: 56 a 73.

¹¹³ Plata, Santiago, (2010) Los Riesgos de la Actividad Petrolera Colombiana, Revista FASECOLDA, Paginas 69-72. Consultado en https://www.fundacionmapfre.org/documentacion/.../i18n/catalogo_imagenes/grupo.cmd?path=1060788. Fecha de Consulta 12 de Noviembre de 2015.

¹¹⁴ Constitución Política, Artículo 2 ‘Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Colombia, 1991), por lo tanto no es posible hacer responsable al Contratista hasta de su seguridad, de la seguridad de sus contratistas y de la seguridad de su infraestructura, lo que implica que por ser una obligación constitucional, cualquier acto de sabotaje o terrorista puede entrar dentro del ámbito de Responsabilidad del Estado y a su vez romper el equilibrio económico inicialmente establecido.

El Contratista asume los riesgos de orden técnico que sean ocasionados por acciones u omisiones del propio contratista, de su personal o de sus empresas subcontratistas con ocasión a las actividades y operaciones inherentes a la ejecución contractual; los riesgos de orden ambiental en relación con la protección del ambiente, la restitución de recursos renovables y al cumplimiento estricto de la normatividad, haciendo alusión a la obligatoriedad de la obtención de las licencias ambientales¹¹⁵ (Ronda Colombia 2014); como puede inferirse, el Contratista no asume los riesgos de orden social y por supuesto no tiene responsabilidad por actos terroristas o de sabotaje, por lo que cualquier tipo de riesgo de esta tipología debe ser asumido por el Estado; y es este el punto crítico dentro del proceso excepcional analizado, pues al no tener claro cuáles serían los tipos de riesgos de esta índole que están en cabeza del Estado o la determinación de los riesgos que están por fuera de la minuta del contrato, el Estado podría ser responsable de riesgos que eran plenamente previsibles antes de la suscripción del contrato y que por su naturaleza no pueden estar dentro del marco de responsabilidad del inversionista o que, por conocerlos previamente, eran fácilmente mitigables como los riesgos relacionados con la seguridad.

Es de suma importancia que la Agencia Nacional de Hidrocarburos, responsable de la asignación de áreas y del seguimiento en las actividades de exploración y explotación, para sus procesos de selección realice previamente un análisis de riesgos, en los términos establecidos en el artículo 4 de la Ley 1150 de 2007, que conste en los estudios previos los cuales obedezcan al comportamiento del sector, en donde se identifique con claridad los riesgos económicos, los riesgos sociales o políticos, los riesgos operacionales, los financieros, los regulatorios, los riesgos de la naturaleza, los riesgos ambientales y los riesgos tecnológicos, esto con el fin de establecer el impacto de los mismos frente al logro de los

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.’

¹¹⁵ Contrato de exploración y producción de hidrocarburos, E&P No. 15 Área SN-8, Ronda Colombia 2014, Suscrito entre: ANH y HOCOL SA, 10 de Septiembre de 2014; cláusula 36 y ss. Consultado en: <http://www.rondacolombia2014.com/index.php/2-terminos-de-referencia/contratossuscritos> Fecha de Consulta 12 de Noviembre 2015

objetivos del proceso de contratación y la estimación de probabilidad de ocurrencia, esta última puede analizarse bajo la observancia de contratos previos o conforme a prácticas y experiencias evidenciadas por la industria o el sector; esto permite mitigar con prontitud en caso de materializarse un riesgo que puede afectar la ejecución del contrato y el logro de las metas buscadas inicialmente por la entidad.

3.3.3 *Cumplimiento del Deber de planeación propiamente dicho*

Si bien ya se trató el tema de la elaboración de los estudios previos y de la importancia de la elaboración de análisis de riesgos, actividades propias del deber de planeación, es importante dedicar un espacio a la planeación misma, entendiendo que esta es una manifestación del principio de economía.

‘De otro lado, el cumplimiento del deber de planeación permite hacer efectivo el principio de economía, previsto en la Carta y en el artículo 25 dela Ley 80 de 1993, porque precisando la oportunidad y por ende teniendo la entidad estatal un conocimiento real de los precios de las cosas, obras o servicios que constituyen el objeto del contrato, podrá no solamente aprovechar eficientemente los recursos públicos sino también podrá cumplir con otro deber imperativo como es el de la selección objetiva pues tiene la obligación de escoger la propuesta más favorable y la escogencia de esta también depende en últimas, como ya se vio, en la observancia del principio de planeación’¹¹⁶. (Consejo de Estado, 2013).

En este punto es precio hablar del régimen excepcional de asignación de áreas en razón a que desde la creación de la ANH han existido dos grandes Acuerdos (Acuerdo 08 de 2009 y Acuerdo 04 de 2012) por medio de los cuales se han realizado los procesos de ronda más importantes para la asignación de áreas y han reportado un óptimo porcentaje de inversión para el país, pero en razón a que el Acuerdo 04 de 2012 es más reciente y la ejecución de los contratos hasta ahora se está llevando a cabo, es importante analizar diversas situaciones surgidas del Acuerdo 08 de 2009.

¹¹⁶ Consejo de Estado, Sección tercera, Sentencia 1998-00685, 13 de Junio de 2013. Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

La Ronda Colombia 2014, la cual fue celebrada en observancia al Acuerdo 04 de 2012, no dejó los resultados de inversión esperados en razón a que de 95 bloques ofertados solo se suscribió 26 contratos, es decir, solo se logró un 28% de éxito. ‘Solo los campos descubiertos sin desarrollo fueron los que más apetito despertaron entre los oferentes, especialmente consorcios integrados por grandes jugadores’¹¹⁷ (Chacon, 2014). Estas falencias llevan a tener una baja tasa de inversión en el país y adicionalmente la expectativa de encontrar hidrocarburos se disminuye; la ausencia de participación en la pasada Ronda de acuerdo con los representantes de las compañías petroleras se debe a dificultades operativas que se están viviendo en las áreas objeto del proceso; otro factor que llevó a desestimular la participación fue el tema de la seguridad ‘seguridad física para entrar a zonas por el riesgo de acciones hostiles, por los atentados y acciones contra la infraestructura’¹¹⁸ (Economía y Negocios, 2014); otro factor fue por los problemas con las comunidades que habitan en las zonas, así como los extensos trámites para licenciamiento ambiental.

Los factores que probablemente llevaron a los inversionistas a no presentar oferta en el proceso selectivo eran plenamente identificables con la realización de un estudio previo que comprenda un análisis del sector y una identificación de los riesgos, como se indicó previamente si se analizan los riesgos presentados en cada una de las áreas objeto del proceso; es preciso determinar las condiciones desfavorables que puedan llevar al fracaso del proceso selectivo o a una ejecución defectuosa del contrato; ahora bien la importancia de realizar un estudio adecuado del sector de hidrocarburos permite conocer con certeza las condiciones reales del mercado y de las compañías; es por esto que la ausencia de propuestas y el no cumplimiento de la meta esperada en la asignación de áreas se debe, entre otros factores, a la inobservancia del deber de planeación.

En el 2010 se llevó a cabo el proceso ‘Open Round Colombia 2010’, adelantado en el marco de Acuerdo 08 de 2004, el cual tenía por objeto ‘asignar los bloques de las áreas definidas en el Anexo 2 y Anexo 3 y suscribir los Contratos de Exploración y Producción y/o Contratos de Evaluación Técnica Especial correspondientes, con las compañías que resulten adjudicatarias en el Proceso de Selección, conforme a lo dispuesto en los Acuerdos Nos. 34 de 2006, 01 y 03 de 2007, 01 de 2008 y 06 de 2009, la Resolución 407 del 20 de octubre de

¹¹⁷ Chacón, Jairo (2014), La Ronda no cumplió las expectativas, Sección Economía, Periódico El Espectador, 23 de Julio de 2014.

¹¹⁸ Economía y negocios (2014), Trabas para operar pesaron en la Subasta petrolera, Sección Economía, Periódico El Tiempo, 23 de Julio de 2014.

2009 y la Resolución 006 del 6 de enero de 2010, emitidos por la ANH¹¹⁹ (Agencia Nacional de Hidrocarburos, 2010) Se pretendía asignar unas áreas denominadas Cayos 1 y Cayos 5 ubicados cerca al archipiélago de San Andrés; una vez finalizado el proceso de selección estas áreas fueron asignadas al CONSORCIO REPSOL EXPLORACION COLOMBIA S A-ECOPETROL S A-YPF S A¹²⁰ (Agencia Nacional de Hidrocarburos, 2010); antes de suscribir los contratos y dar inicio a las operaciones por parte de las empresas adjudicatarias, en febrero de 2011 la Corporación para el Desarrollo sostenible del Archipiélago de San Andrés y Providencia (Coralina) interpuso una acción popular contra la Agencia Nacional de Hidrocarburos buscando amparar la protección de los derechos colectivos a un ambiente sano, el equilibrio ecológico y el manejo óptimo y racional de los recursos para garantizar su desarrollo sostenible, alegando además la protección de áreas de especial importancia ecológica, ‘ “Aun no se entiende como la ANH otorgó a compañías petroleras los derechos de los cayos sin tener en cuenta en dicha determinación comercial la opinión de la comunidad insular, indispuesta también por el impacto social y cultural que podría tener la explotación en la isla” , asegura la directora de Coralina, Elizabeth Taylor’¹²¹ (Clavijo, 2011); finalmente el 04 de junio de 2012 el Tribunal Administrativo de San Andrés falla en favor de Coralina concediendo el amparo a los derechos mencionados y ordena a la ANH suspender el proceso iniciado para la adjudicación de los bloques Cayos 1 y 5.

En este caso se hace evidente la ausencia de una planeación objetiva por parte de la entidad; no existió acercamiento previo con la comunidad del área que iba a ser afectada, y mucho menos un estudio ambiental sobre el impacto en la zona marina, sus arrecifes y las diversas especies que allí habitan. Lo más censurable es que la zona objeto del proceso se halla en un área marina protegida y declarada por la UNESCO Reserva Mundial de Biosfera ‘Seaflower’. Al estudiar las actividades de planeación del régimen excepcional, se hacía énfasis en la importancia de conocer las condiciones ambientales y sociales del área objeto

¹¹⁹ Agencia Nacional de Hidrocarburos, Términos de Referencia para el proceso competitivo denominado Open Round Colombia 2010, 9 de febrero de 2010. Consultado en: <http://www.anh.gov.co/Asignacion-de-areas/Procedimientos-de-Seleccion/Procesos%20Anteriores/Ronda%20Colombia%202010/T%C3%A9rminos%20de%20Referencia%20Definitivos.pdf>. Fecha de consulta 13/11/2015.

¹²⁰ Agencia Nacional de Hidrocarburos, Lista de Adjudicación de Bloques, Noviembre de 2010. Consultado en : <http://www.anh.gov.co/Asignacion-de-areas/Procedimientos-de-Seleccion/Procesos%20Anteriores/Ronda%20Colombia%202010/Listado%20definitivo%20para%20adjudicaci%C3%B3n%20de%20bloques.%20Agosto%206%20de%202010.pdf> Fecha de consulta 13/11/2015

¹²¹ Clavijo, Giovanni (2011), Avanzada petrolera llega a la Isla de San Andrés, Sección Minería, UN Periódico. 9 de Julio de 2011.

del proceso, pues estas actividades permiten determinar con certeza los escenarios presentes en las zonas. En este caso se adjudicó un contrato y por más de dos años no se pudo suscribir en razón a la falta de verificación previa por parte de la entidad de las condiciones de la zona, lo que llevo a la Administración a entrar en pleitos jurídicos posteriores y al final a desistir de las pretensiones iniciales. Este tipo de eventos demuestran la importancia de las actividades previas de planeación, al levantamiento juicioso y adecuado de estudios previos que permitan una actividad contractual exitosa.

El correcto proceder por parte de la entidad, en observancia al principio de planeación, en nuestro criterio era la realización de un acercamiento, previo a la realización del proceso de asignación de áreas, con la comunidad para levantar información preliminar que determine posibles afectaciones que puedan presentarse en desarrollo del proyecto, de igual manera realizar levantamiento de información y estudios ambientales preliminares sobre la zona de afectación para determinar si es apta para la realización de un proyecto invasivo de tal envergadura; estas actuaciones previas por parte del Estado que se llevan a cabo en la etapa de planeación del proceso habrían permitido conocer los diversos aspectos que puedan llegar a afectar el objeto del contrato y a su vez le hubiese entregado a la entidad argumentos suficientes para superar el conflicto que finalmente paralizó la realización del proyecto, es decir, la ausencia de actividades preliminares en la etapa de planeación dio lugar a que el Estado perdiera la oportunidad de inversión, adicionalmente la pérdida de tiempo y poco eficaz tanto en la realización del proceso como en las etapas posteriores al mismo.

Este caso no es aislado, existen otros en donde se ha presentado parálisis en la ejecución del contrato por rechazo de la comunidad o porque se están afectando zonas que deben ser objeto de protección, como por ejemplo el caso de la realización de actividades exploratorias en el Páramo de Sumapaz y actividades de explotación en el páramo de Miraflores, las cuales han recibido el rechazo por parte de la comunidad que allí habita y de ambientalistas que demuestran el daño ambiental que se puede generar; son un reflejo evidente de la necesidad de replantear el trámite de los procesos de selección y la obligatoriedad de adelantar unas actividades previas de planeación, particularmente si se tiene en cuenta que, son proyectos que requieren necesariamente una gran inversión previa por parte del contratista y el desarrollo del proyecto se paraliza por condiciones relacionados con temas sociales o ambientales, previsibles si se elaborara un estudio que incluya actividades previas de conocimiento en estos aspectos, y así evitar futuras responsabilidades económicas al Estado.

Resulta pertinente citar un aparte del pronunciamiento de la Asociación Colombiana de Petróleos, en relación con la parálisis el proyecto del Bloque Serranía por la revocatoria de la Licencia ambiental ‘No son las empresas del sector de hidrocarburos las que deciden dónde realizar actividades de exploración y producción. Es el Gobierno Nacional, por intermedio de la Agencia Nacional de Hidrocarburos, ANH, el que determina, de acuerdo con estudios de prospectividad, la ubicación de los bloques y áreas para dicha actividad. Fue la ANH la que ofertó y promovió, a nivel nacional e internacional, el Bloque Serranía, asignado mediante subasta pública, a la empresa Hupecol. Asimismo, es el Estado y en lo pertinente el Gobierno Nacional y no las empresas del sector el que define las políticas públicas, la institucionalidad, las normas, los procedimientos y los requerimientos técnicos, incluidos los de carácter ambiental. Corresponde a las empresas acatar y respetar esas regulaciones y procedimientos’.¹²² (Lloreda, 2016)

3.4 Observancia al principio de Responsabilidad

El artículo 26 de la Ley 80 de 1993 consagra el principio de Responsabilidad Contractual. Bajo el marco de este principio se entiende que debe existir una completa armonía entre los principios anteriormente analizados para que de esta forma las actuaciones de la administración respondan al interés público y a la satisfacción de las necesidades generales.

‘La consagración del principio de responsabilidad contractual, obedece a la necesaria articulación y armonía que debe existir para garantizar la efectividad y vigencia de los principios de transparencia, economía, de mantenimiento del equilibrio económico financiero del contrato y de selección objetiva que igualmente se establecen en el estatuto contractual, así como a la necesidad de asegurar un equilibrio o balance entre la mayor autonomía y libertad de gestión contractual que se otorga a las entidades estatales, las potestades o privilegios que se les reconocen, y la finalidad de interés público o social a que debe apuntar la actividad contractual de dichas entidades, cual es la de procurarse la satisfacción de los objetos contractuales , (obra, bienes, servicios, etc) bajo una gestión signada por la eficiencia, la economía, la celeridad y la moralidad, que garantice no sólo los intereses de la

¹²² Lloreda Rodrigo, Pronunciamiento a la revocatoria de la licencia ambiental del Bloque Serranía, Asociación Colombiana del Petróleo ACP, 20 de abril de 2016, tomado de <https://www.acp.com.co/index.php/es/sala-de-prensa/comunicados-de-prensa/774-pronunciamiento-con-relacion-a-la-revocatoria-de-la-licencia-ambiental-del-bloque-serrania>, fecha de consulta 3 de mayo de 2016.

administración sino de los contratistas que intervienen en la actividad contractual'¹²³ (C 004, 1996).

Es así como debe entenderse que las fallas presentadas dentro del proceso contractual en cualquiera de sus etapas (precontractual, contractual y pos contractual) inducen a que se vulnere ya sea el principio de transparencia, economía o el deber de selección objetiva el cual tiene como consecuencia que siempre exista una inobservancia del Principio de Responsabilidad, por ejemplo, las fallas que se presenten en la etapa de planeación, no solo vulneran el principio de economía sino que de igual manera el principio de responsabilidad en cuanto a que este tiene integrado de manera implícita la planeación objetiva¹²⁴ (Aponte, 2014) al indicar, en el artículo 26 de la Ley 80 de 1993, que la actuación de los partícipes del proceso contractual es responsable cuando la contratación atiende a los fines constitucionales y legales, y en este aspecto la exploración y producción de hidrocarburos contribuyen para la satisfacción de la necesidades de la comunidad en cuanto a que es un factor preponderante de inversión y flujo económico del país, productor de empleos y que impulsa el mejoramiento de la calidad de vida es decir es una actividad que impulsa el desarrollo del país por lo tanto está ligado directamente con los fines estatales.

¹²³ Corte Constitucional, Sentencia C-004 de 1996, Expediente D-863. Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell. Bogotá: 18 de Enero de 1996.

¹²⁴ Aponte Díaz, Iriana (2014), Las fallas de planeación y su incidencia el contrato estatal de obra, Revista Digital de derecho Administrativo No. 11, Bogotá, Universidad Externado de Colombia pp. 177-207

CAPITULO 3: APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS PROPIOS DE LA CONTRATACION ESTATAL EN EL REGLAMENTO DE CONTRATACION MISIONAL

En cumplimiento de la facultad dada por el artículo 76 de la Ley 80 de 1993, la Agencia Nacional de Hidrocarburos expidió el reglamento de contratación misional para regular toda la contratación de las actividades relacionadas con la exploración y explotación de hidrocarburos.

En este capítulo se pretende completar la respuesta al problema específico ¿los procedimientos establecidos en los reglamentos de contratación especial, propios de la Agencia Nacional de Hidrocarburos, observan los parámetros establecidos por los principios de transparencia, economía, responsabilidad y el deber de selección objetiva y a su vez si la aplicación de dichos procedimientos cumple con los parámetros legales exigidos por cada uno de estos principios?, el cual fue resuelto parcialmente en relación con los procedimientos de asignación de áreas en el capítulo precedente, para el efecto primero se analizara el procedimiento de selección contemplado en dicho reglamento y posteriormente se efectuará un análisis derivado de la investigación de campo y documental realizada sobre la observancia de los principios de Transparencia, Economía y Responsabilidad así como del deber de selección objetiva.

1. Reglamento de Contratación Misional

En uso de las facultades conferidas en su momento por el Decreto 1760¹²⁵ el Consejo Directivo de la Agencia Nacional de Hidrocarburos expidió el Acuerdo 01 el día 19 de febrero de 2009, denominándolo “Reglamento de Contratación Misional”, el cual se adopta en desarrollo de lo previsto en el artículo 76 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 4 del Decreto 1760 de 2003¹²⁶ (DECRETO 1760, 2004). Este Acuerdo tiene como objeto regular la actividad contractual requerida para la evaluación, preparación, promoción y administración

¹²⁵ Modificado por el Decreto 4137 de 2011, publicado en el Diario Oficial No. 48.242 de 3 noviembre de 2011, “por el cual se cambia la Naturaleza jurídica de la Agencia Nacional de Hidrocarburos”

¹²⁶ “artículo 8 Funciones del Consejo Directivo: (...) 8.6 Aprobar los reglamentos de contratación de la Agencia, los modelos de los nuevos contratos de exploración y explotación de hidrocarburos de propiedad de la Nación, establecer las reglas y criterios e administración y seguimiento de los mismos, y definir los parámetros para la realización de programas en beneficio de las comunidades ubicadas en las áreas de influencia de los correspondientes contratos”.

de las áreas, reglamento completamente diferente al establecido para la asignación de áreas los cuales se encuentran reglamentados por el Acuerdo 04 de 2012.

1.1 Contratos regulados en el reglamento de Contratación Misional

Los contratos surgidos con ocasión de la aplicación del reglamento de contratación misional (Acuerdo 01 de 2009), son contratos estatales y por lo tanto deben estar regidos por los principios propios de la contratación estatal y aquellos de la gestión fiscal, pues pese a la naturaleza “privada” que puedan llegar a ostentar los contratos, la Entidad que los celebra es pública, de igual manera es deber del servidor público que los suscribe observar los deberes constitucionales, legales y reglamentarios que le atañen.¹²⁷ (Corte Suprema de Justicia, 2008)

El Reglamento de Contratación Misional contempla tres tipos contractuales específicos: los contratos de gestión del conocimiento, los contratos vinculados a la promoción de áreas y a la administración integral de las reservas de hidrocarburos y los que guarden relación de “medio a fin” con el objeto misional de la ANH.

1.1.1 Contratos de Gestión del Conocimiento

La Agencia Nacional de Hidrocarburos tiene dentro de sus funciones la identificación del potencial hidrocarburífero del país, así como la estructuración de los estudios e investigaciones en las áreas de geología y geofísica para generar nuevo conocimiento en las cuencas sedimentarias de Colombia. Estas funciones se desarrollan a través del conocimiento del potencial geológico, la elaboración de un plan de mejora del conocimiento, llevar a cabo proyectos exploratorios y por último, la integración, el análisis y la interpretación de nueva

¹²⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Proceso Número: 25104, Sentencia de fecha 5 de Noviembre de 2008, Magistrado Ponente: Dr. Jorge Luis Quintero Milanés.

información, todas las cuales constituyen la “Gestión del Conocimiento”.¹²⁸ (Agencia Nacional de Hidrocarburos, 2005)

A través de la celebración de contratos de gestión del conocimiento la Agencia Nacional de Hidrocarburos obtiene la información necesaria para identificar y evaluar el potencial hidrocarburífero del país por medio de estudios e investigaciones estructuradas en el campo de la geología y la geofísica generando de esta manera nuevo conocimiento en las cuencas sedimentarias de Colombia.

De conformidad con el numeral 1.2.1 del Reglamento de Contratación Misional dentro de los Contratos de Gestión del Conocimiento se encuentran comprendidos aquellos contratos que tengan por objeto:

- Desarrollar políticas institucionales relacionadas con las actividades nacionales de exploración y producción de hidrocarburos (Núm. 1.2.1.1 AC 01/2009) En el Plan de Desarrollo 2010-2014 se estableció como un objetivo fundamental la ampliación del conocimiento del subsuelo, en especial en aquellas cuencas no exploradas, con el fin de conocer su potencial y así entregarlas a los inversionistas bajo esquemas competitivos (Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014, 2011)¹²⁹.
- Elaborar estudios relacionados con la evaluación y actualización del potencial hidrocarburífero del país (Núm. 1.2.1.2 AC 01/2009). Dentro de esta clasificación se encuentran los contratos celebrados para las actividades de prospección petrolera o búsqueda de hidrocarburos; en donde por lo general se adelantan estudios relacionados con geografía, geología o geofísica a fin de realizar las mediciones que permitan una evaluación precisa de las formaciones del subsuelo (Kraus)¹³⁰.

Sobre este aspecto, la Agencia Nacional de hidrocarburos, como metodología para realizar el Plan de Inversiones 2008-2025, considera necesario el desarrollo de investigaciones básicas que partan de lo regional a lo local efectuando actividades en:

¹²⁸ Agencia Nacional de Hidrocarburos, Desarrollo de Crudos Pesados, la Frontera del Futuro, Presentación Director General, 25 de Octubre de 2007.

¹²⁹ Presidencia de la República de Colombia, (2011), Plan nacional de desarrollo 2010-2014 “Prosperidad para todos”, Bases para el Plan de Desarrollo, Capítulo III Crecimiento Sostenible y competitividad, 13 Abril de 2011.

¹³⁰ Kraus, Richard S., Capítulo 75. Petróleo: Prospección y perforación, Industrias Basadas en Recursos Naturales, enciclopedia de salud y seguridad en el trabajo. Dirección URL: <http://www.google.com.co/url?sa=t&rct=j&q=etapa%20de%20prospeccion%20petroleo&source=web&cd=3&ved=0CDsQFjAC&url=http%3A%2F%2Fwww.insht.es%2FInshtWeb%2FContenidos%2FDocumentacion%2FTextosOnline%2FEnciclopediaOIT%2Ftomo3%2F75.pdf&ei=KKIPT9awFYLwggecs3JAw&usg=AFQjCNEvSjR7xvAYMC5xKPUQsBojiXxklQ>

Métodos Remotos (estudios Aero gravimétricos y Aero magnéticos, batimetría en regiones offshore); Métodos de superficie (estudios regionales de cartografía, geoquímica, petrofísica, bioestratigrafía, etc.); Imágenes del Subsuelo (sísmica regional); Análisis y muestreo del subsuelo (pozos estratigráficos y piston cores) e Integración, modelamiento y evaluación de la información con miras a determinar reservas y atraer inversión¹³¹ (Colombia: Petróleo y Futuro, 2009).

- Contratos para el diseño de nuevas tipologías contractuales relacionadas con las actividades de exploración y producción de hidrocarburos (Num. 1.2.1.3 AC01/2009). Dentro de esta clasificación de encuentran los contratos celebrados para las modificaciones, análisis o ajustes a las minutas de los contratos E&P o TEA, reglamentados por el Acuerdo 08 de 2009, así como aquellos contratos que se celebren para la elaboración de la reglamentación técnica necesaria para la exploración y explotación de yacimientos no convencionales de hidrocarburos, dando así cumplimiento al Plan de Desarrollo 2010-2014 “Prosperidad para todos del Gobierno Nacional”¹³² (Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014, 2011)
- Contratos para el desarrollo de estudios ambientales relacionados con la Gestión misional de la ANH. (Núm. 1.2.1.4 AC01/2009). Los estudios acá referidos son aquellos contemplados dentro del Decreto 2820 de 2010, relacionados con diagnóstico ambiental de alternativas y de impacto ambiental.

El Estudio de Diagnóstico Ambiental de Alternativas tiene como objeto suministrar la información para evaluar y comparar las diferentes opciones que sean presentadas bajo las cuales se pueda llevar a cabo el desarrollo de un proyecto, una obra o una actividad. La principal finalidad de estos estudios es la búsqueda de la mejor alternativa para optimizar y racionalizar el uso de recursos y evitar o minimizar los riesgos, efectos e impactos negativos que se puedan generar. En materia de exploración y explotación de hidrocarburos estos estudios son necesarios para llevar a cabo exploraciones sísmicas de hidrocarburos que requieran la construcción de vías para el tránsito vehicular; así como para el transporte y conducción de hidrocarburos que se desarrollen por fuera de los campos de explotación que impliquen la

¹³¹ AGENCIA NACIONAL DE HIDROCARBUROS, Colombia: Petróleo y Futuro; Primera edición Febrero 2009.

¹³² PLAN NACIONAL DE DESARROLLO 2010-2014 “Prosperidad para todos”, Bases para el Plan de Desarrollo, Capítulo III Crecimiento Sostenible y competitividad, 13 Abril de 2011

construcción y montaje de infraestructura de líneas de condición con diámetros iguales o superiores a 6 pulgadas; también para las terminales de entrega de hidrocarburos líquidos, entendida como la infraestructura de almacenamiento asociada al transporte por ductos; y para la construcción de refinerías y desarrollos petroquímicos.¹³³ (Decreto 2041, 2014)

Se entiende por impacto ambiental cualquier alteración en el sistema ambiental biótico, abiótico y socioeconómico, que sea adverso o beneficioso, total o parcial, que le pueda ser atribuible al desarrollo de un proyecto, una obra o una actividad¹³⁴ (Decreto 2041, 2014), por lo que los mismos deben contar con estudios de impacto ambiental. Estos estudios deben ser informados a las comunidades e incorporar dentro de los mismos las propuestas de ellas.

- Generar y estructurar de nuevas oportunidades exploratorias (Núm. 1.2.1.5 AC 01/2009). Dentro de esta clasificación se encuentran los contratos sobre los estudios para la evaluación y actualización del potencial hidrocarburífero.
- Estudios de sísmica (Núm. 1.2.1.6 AC 01/2009) Al igual que la clasificación anterior, los estudios de sísmica son para la evaluación del potencial hidrocarburífero, en cuanto a que esta hace parte de los estudios de prospección, pues es uno de los métodos empleados para la búsqueda del petróleo
- Todos los demás contratos cuyo objeto consista en el desarrollo de actividades de consultoría relacionadas con el objeto misional de la ANH (Núm. 1.2.1.7 AC 01/2009). Del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 se deduce que las actividades de consultoría son las relacionadas con los estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, pre factibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos, así como las asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión. También están dentro de estas actividades la interventoría, asesoría, gerencia de obra o proyecto, dirección, programación y ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos.

Por lo tanto los contratos que tengan por objeto el desarrollo de alguna de estas actividades y que se relacionen a su vez con la administración integral de las reservas y recursos de los hidrocarburos de propiedad de la Nación, el aprovechamiento

¹³³ Decreto 2041 de 2014 “Por el cual se reglamenta el Título VIII de la Ley 99 de 1993 sobre licencias ambientales”. Artículos 17 y 18.

¹³⁴ Decreto 2041 de 2014, Artículo 1.

óptimo y sostenible de los recursos hidrocarburíferos y con la contribución a la seguridad energética nacional estarán cubiertos por las disposiciones del Acuerdo 01 de 2009.

Por otra parte, el artículo 76 de la Ley 99 de 1993 establece que la explotación de los recursos naturales deberá hacerse sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas y de las negras tradicionales; por lo tanto, cualquier decisión sobre la materia se tomará previa consulta a los representantes de tales comunidades; en este orden de ideas, todos los contratos relacionados con el apoyo a las actividades de consulta previa por parte de la Agencia Nacional de Hidrocarburos se celebrarán con observancia del Acuerdo 01 de 2009.

1.1.2 Contratos Vinculados a la Promoción de Áreas y a la Administración de Reservas

Dentro de las funciones de la Agencia Nacional de Hidrocarburos se encuentran la promoción de la inversión en las actividades de exploración y explotación de hidrocarburos. Por tal razón, la entidad debe implementar estrategias para consolidar y mejorar la imagen del país para la inversión en materia petrolera para lograr atraer nuevas compañías para que inviertan en actividades de exploración y explotación¹³⁵ (Plan Estratégico 2011-2014 de la ANH, 2011).

Esta clasificación comprende aquellos contratos que tengan por objeto:

- Contratos para el desarrollo de actividades publicitarias de la ANH, tendientes a promocionar las áreas hidrocarburíferas de la Nación, a efecto de incrementar la vinculación de compañías extranjeras para el desarrollo de nuevos contratos de exploración y producción o de evaluación técnica. (Núm. 1.2.2.1 AC01/2009).
- Los contratos requeridos para el montaje de eventos institucionales de carácter misional (Núm. 1.2.2.2 AC01/2009)
- Contratos para la asistencia a las compañías petroleras en el proceso de vinculación a proyectos de exploración y explotación de hidrocarburos. (Núm. 1.2.2.3 AC01/2009).

¹³⁵ Plan Estratégico 2011-2014, Agencia Nacional de Hidrocarburos

- Contratos para la Gestión de la Información Técnica (Núm. 1.2.2.4. AC01/2009). El Decreto 1760 de 2003 le asignó a la Agencia Nacional de Hidrocarburos la administración, preservación, integralidad y utilización de la información técnica y geológica. Esta información se encuentra contenida en el Banco de Información Petrolera, BIP, el cual se compone de un sistema de administración de datos, un centro de información en donde se almacenan los medios físicos originales como documentos, mapas, sísmica y pozos, entre otros, y un centro de información que administra y preserva todas las muestras de roca del país¹³⁶ (Colombia: Petróleo y Futuro, 2009).

Con el Decreto 4137 de 2011 la administración de esta información pasa a manos del Servicio Geológico Colombiano, la cual deberá ser transferida en un periodo de cinco (5) años.

- Contratos para la adquisición de bienes y servicios de orden misional (Núm. 1.2.2.5 AC 01/2009) tales como: a. Adquisición de equipos especializados de cómputo, b. adquisición de software especializado, c. análisis de laboratorio, d. perforación de “pequeños pozos”, e. administración y organización de la información técnica y geológica de propiedad de la ANH; y f. la contratación de actividades de seguimiento técnico a los campos descubiertos, a la producción nacional, a los precios internos y externos y a todas las demás materias relacionadas con la administración de los recursos hidrocarburíferos de la nación.

A consideración del autor, esta clasificación especial de bienes y servicios, si bien se adquieren como apoyo al desarrollo de la actividad misional de la ANH, no cuentan con un valor agregado tal que deba someterse al régimen de contratación excepcional, considerando además que el objeto de estas actividades no implican el requisito de ser una actuación que entre en competencia con los particulares, el cual era el espíritu del legislador en la expedición del artículo 76 de la Ley 80 de 1993¹³⁷ (Congreso De La Republica, 1993).

- Contratos de relación de medio a fin. (Núm. 1.2.2.6 AC01/2009). En esta clasificación se encuentran aquellos contratos que requiera realizar la ANH que no se encuentran dentro de la clasificación de contratos de Gestión del Conocimiento, o

¹³⁶ Agencia Nacional de Hidrocarburos, Colombia: Petróleo y Futuro; Primera edición Febrero 2009.

¹³⁷ Gaceta del Congreso No. 296 de 1993

guarden relación de “medio a fin” con el desarrollo del objetivo misional que le es propio. (Núm. 1.2.2.6 AC01/2009).

En concordancia con las clasificaciones estudiadas, este tipo de contratos son aquellos que desarrollen actividades diferentes a las de consultoría y que tengan alguna relación con la administración integral de las reservas y recursos de los hidrocarburos de propiedad de la Nación, el aprovechamiento óptimo y sostenible de los recursos hidrocarburíferos y con la contribución a la seguridad energética nacional; en este sentido, cualquier contrato que celebre la administración, así sea para actividades de apoyo siempre que sean transversales deberán someterse al régimen de contratación excepcional, lo cual excede los límites conferidos por el artículo 76 de la Ley 80 de 1993, pues, en nuestro criterio, se están sometiendo a la reglamentación especial actividades propias del funcionamiento de la Entidad que por su naturaleza deben ser del resorte del Estatuto de Contratación Pública.

1.2 Modalidades De Selección

El Acuerdo 01 de 2009 establece 3 modalidades de selección, la Invitación Cerrada, la Invitación Pública y la Selección de Mercado, las cuales están determinadas por el tipo de contrato a celebrar.

1.2.1 Invitación cerrada a presentar ofertas

La Invitación cerrada a presentar ofertas opera para la celebración de “contratos de gestión del conocimiento”. Se llevará a cabo por medio de una invitación a los proveedores inscritos en el Directorio de Proveedores.

El Directorio de Proveedores es un medio de precalificación de los proponentes interesados en participar en los procesos de selección que celebre la ANH y que estén relacionados con los llamados Contratos de Gestión de Conocimiento.

Los proponentes interesados se inscribirán adjuntando para el efecto los documentos y certificaciones que acrediten las condiciones mínimas de capacidad jurídica, financiera y técnica; documentos que no podrán exigirse nuevamente dentro del proceso de selección.

Este medio de precalificación permitiría a la ANH dirigir la contratación para la realización de los estudios de prospección a las personas jurídicas o privadas especializadas y con la experiencia necesaria dentro de la industria hidrocarburífera. Sin embargo, no ha sido posible emplearlo en cuanto a que a la fecha no se ha adoptado el Directorio de Proveedores por parte de los funcionarios responsables para tal fin; debido a esto, los procesos de selección para la celebración de contratos de gestión del conocimiento deben efectuarse por la modalidad de Invitación Pública a presentar ofertas.

El procedimiento para llevar a cabo la modalidad de la Invitación cerrada se encuentra establecido en el numeral 21 del Acuerdo 01 de 2009, el cual se llevará a cabo obedeciendo los siguientes parámetros:

Los criterios de evaluación de las ofertas, la cual deberá estar contenida en un documento denominado “Invitación a ofertar” (Núm. 16.1.2.1 AC01/2009), recaerán exclusivamente sobre aspectos de calidad, considerando entre otros: la experiencia específica, la cualificación del grupo de trabajo, la propuesta metodológica, el plan de trabajo para el desarrollo de las actividades a contratar, y cualquier otro punto que permita establecer la diferencia de calidad de las ofertas a comparar. En este tipo de proceso de selección el precio no será un factor preponderante para la escogencia de la mejor propuesta.

La entidad dentro del proceso de selección de Invitación Privada podrá celebrar contratos de cupo con el oferente seleccionado. Se denominan contratos de cupo, a la luz del Acuerdo 01 de 2009, aquellos empleados para el suministro de bienes o servicios en donde la Entidad realice órdenes de compra o de servicios de conformidad con las necesidades presentadas.

Al establecer el Acuerdo 01 de 2009 como criterios de evaluación aquellos que versen sobre la calidad, está enfocándose única y exclusivamente en los contratos que desarrollen actividades de consultoría, en los cuales, criterios como la experiencia o el equipo de trabajo son preponderantes pero, para aquellos contratos que se refieren a la prestación de un servicio tipo o al suministro de bienes, consideramos que un criterio de calificación debiera ser el precio.

Las actividades a desarrollar en esta modalidad de contratación son:

- El Representante legal o quien haga sus veces expedirá un acto de apertura del proceso de invitación, el cual deberá publicarse en la página web de la Entidad con

una antelación no inferior a 5 días hábiles anteriores a la fecha para que inicie el plazo a presentar propuestas junto con la respectiva invitación a presentarla

- El contenido mínimo del acto administrativo de apertura por disposición del parágrafo del numeral 24.4 del Acuerdo 01 de 2009 es:

- a. Una parte considerativa que contenga: La manifestación del desarrollo del objetivo y funciones misionales de la ANH por medio del contrato que se pretende celebrar; y establecer que se llevaron a cabo la totalidad de las actividades de planeación.

Para todos los procesos de selección que se desarrollen con ocasión al Acuerdo 01 de 2009 se harán estudios, documentos y actividades previas que garanticen que la celebración de los contratos satisfacen los objetivos y funciones de la ANH. Estas actividades previas consisten en: Elaboración de los estudios de sustentación económica y técnica; contar con las debidas disponibilidades presupuestales; verificación de que el contrato a celebrar se encuentre dentro de los planes y programas de la ANH; elaboración de la invitación a presentar propuesta; aprobación de la celebración del proceso de contratación por parte del Comité de Contratos de la ANH; y Establecer la existencia de disponibilidad presupuestal para atender las obligaciones pecuniarias surgidas con ocasión a la suscripción del contrato.

- b. Una parte resolutive que contendrá: El tipo de proceso de selección que se va a desarrollar; el tipo de contrato a celebrar, el objeto y el valor del mismo.

- En la Invitación a presentar ofertas se hará mención expresa que está va dirigida única y exclusivamente a los oferentes inscritos en el directorio de proveedores; además de su publicación en la página web debe ser enviada a cada uno de los inscritos en el Directorio.
- Dentro del plazo para presentar propuestas se recibirá y dará respuestas a todas y cada una de las observaciones presentadas por los interesados dentro del proceso.
- Las ofertas deberán presentarse dentro del plazo establecido en la invitación por la entidad. Aquellas que se entreguen por fuera de dicho plazo serán devueltas. Las propuestas serán abiertas en audiencia pública de lo cual deberá dejarse constancia mediante acta.
- Dentro del término previsto en la invitación se llevará a cabo la verificación de requisitos habilitantes y la evaluación de las propuestas por parte del Comité

Evaluar y de dicha evaluación se levantará un informe que será publicado en la página web de la entidad.

- Los participantes dentro del proceso pueden efectuar observaciones al informe de evaluación dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a su publicación, las cuales deben ser resueltas por la entidad.
- El ordenador del gasto proferirá acto administrativo de adjudicación, acogiendo o no la recomendación del Comité Evaluador. En la parte motiva de este acto se dejará constancia de las observaciones y contraobservaciones presentadas así como de las respuestas dadas por la entidad.

1.2.2 Invitación Pública

Esta modalidad de selección será aplicable en los siguientes casos:

- a. Para la celebración de contratos vinculados a la promoción de áreas y a la administración integral de las reservas de hidrocarburos.
- b. Por la falta de reglamentación del Directorio de Proveedores.
- c. En el evento en que no exista pluralidad de oferentes inscritos en el Directorio de Proveedores, ó, que no exista más de un proponente que cuente con la capacidad de ejecutar el contrato.

En aplicación de esta modalidad de contratación puede llevarse a cabo los siguientes procedimientos:

- a. Si se trata de la adquisición de bienes o servicios de características técnicas uniformes de común utilización se hará uso del proceso de selección abreviada por subasta inversa contemplado por el literal a del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 y reglamentado por el Decreto 0734 de 2012
- b. Bien puede adherirse a los acuerdos marco de precio que se refiere el parágrafo 5 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007.

El procedimiento dentro del proceso de invitación pública es similar al de la Invitación cerrada, y sólo difiere de dicha modalidad en:

- El Representante legal o quien haga sus veces expedirá un acto de apertura del proceso de invitación, el cual deberá publicarse en la página web de la Entidad y en un diario de amplia circulación con una antelación no inferior a 10 días hábiles anteriores a la fecha para que inicie el plazo a presentar propuestas junto con la invitación a presentar propuesta.
- La invitación contendrá los requisitos mínimos habilitantes de capacidad jurídica, financiera y técnica, así como los criterios de evaluación. Los requisitos mínimos habilitantes no serán objeto de calificación.
- Los procesos de subasta inversa o de acuerdo marco de precios se llevarán a cabo observando lo contemplado en el Estatuto General de Contratación Pública y sus decretos reglamentarios.

1.2.3 Selección de Mercado

Esta modalidad de selección no requiere la concurrencia de varias ofertas, pero esto no implica que se trate de contratación directa, pues el Acuerdo 01 de 2009 establece un procedimiento a seguir.

Esta modalidad de selección de mercado se podrá llevar a cabo cuando:

- Se pretenda celebrar contratos cuya cuantía no supere los tres mil (3000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.
- Frente a la celebración de contratos interadministrativos.
- Cuando el bien o servicio a contratar sea ofertado por un único proveedor.
- Para celebrar contratos de servidumbre, comodato, compraventa o cualquier otro que verse sobre un derecho real sobre inmuebles requeridos para el desarrollo de actividades a que se refiere el reglamento de contratación misional (Acuerdo 01/2009)
- Para celebración de contratos de arrendamiento requeridos para el desarrollo de actividades misionales.
- Frente a circunstancias de apremio entendiendo por estas aquellas que imponen una actuación inmediata por parte de la ANH, que al no llevarse a cabo podría generar desaprovisionamiento o pérdida de oportunidades para ejecutar el cometido misional de la ANH

- Para la celebración de contratos de prestación de servicios profesionales vinculados al objeto misional de la ANH.
- Para la celebración de contratos que tengan por objeto la capacitación de al personal de la ANH en relación con materias propias de la gestión misional de la misma
- Para la celebración de contratos de seguridad o de transporte asociados a la realización de las actividades de orden misional, o a los contratos de asignación de áreas.
- Cuando el objeto del contrato a celebrar pueda ser ejecutado por Instituciones Universitarias Públicas o Privadas.
- Cuando se trate de contratos o convenios que puedan ser ejecutados por entidades públicas o privadas de reconocida idoneidad y sin ánimo de lucro.
- Cuando se trate de contratos que deban ejecutarse o cumplirse en el exterior, caso en el cual podrán someterse a la Ley extranjera en las fases de planeación, selección, ejecución y liquidación contractual.
- Cuando de conformidad con los requerimientos técnicos ha de considerarse especiales conocimientos, experiencia, equipos, procedimientos, información o cualquier otra condición que haga indispensable la contratación con determinada persona natural o jurídica, de esta situación deberá dejarse expresa constancia.

En esta modalidad de selección no se requiere la presentación de varias ofertas, sino que se podrá seleccionar al proponente que este en capacidad de ejecutar el contrato y demostrando que la selección se realizó en condiciones de mercado.

De conformidad con lo establecido en el reglamento de contratación misional de la Agencia Nacional de Hidrocarburos, por condiciones de mercado se entiende factores como el valor, el tiempo de entrega, celeridad en el cumplimiento de las obligaciones a contratar, plazos, calidad de los bienes y servicios ofrecidos y, en general, todas aquellas condiciones en que son ofrecidas los bienes y servicios en el mercado.

La ANH adquirirá en condiciones de mercado cuando:

- Los bienes y servicios a contratar sean adquiridos en “Grandes Almacenes”.
- La adquisición se realice tomando como referencia los precios de los bienes y servicios a contratar en publicaciones especializadas.
- Cuando el contrato a celebrar ha de desarrollar en condiciones iguales o similares a las de contratos ejecutados exitosamente en entidades que desarrollen actividades de exploración o explotación de hidrocarburos.

El proceso de selección de mercado se desarrollará de la siguiente manera:

En la etapa de planeación: a) Se deberá constatar que la contratación a celebrar se encuentre contemplada dentro de los planes y programas de la entidad, puesto que en caso contrario no se dará trámite a la solicitud. b) Verificar que la contratación a realizar se pueda efectuar por el proceso de selección de mercado.

Dentro de la etapa de selección propiamente dicha, este procedimiento se adelantará llevando a cabo un proceso de negociación directa: La negociación iniciará con la persona, natural o jurídica, que esté en capacidad de ejecutar el objeto del contrato, indicando las condiciones del negocio hasta lograr acuerdo en relación con las mismas. Esta negociación deberá efectuarse en un término máximo de 15 días hábiles; al lograr un acuerdo en la negociación, se solicitará la emisión de una oferta que refleje las condiciones acordadas. Una vez se presente la oferta, se verificará por parte de la entidad las condiciones de la misma frente al acuerdo logrado; posteriormente deberá demostrarse que la misma se ajusta a las condiciones de mercado y, de ser así, se proyectará el acto administrativo de aceptación de la oferta.

En caso en que la propuesta no se ajuste a las condiciones de la negociación, o a las condiciones de mercado, se solicitará el respectivo ajuste, de no lograrlo se iniciará el proceso de negociación con otra persona.

En caso en que no sea posible determinar las condiciones de mercado, la escogencia se basará en la apreciación razonada que se haga por parte de la entidad de la manera como las ofertas presentadas podrían satisfacer sus necesidades en atención a las condiciones de mercado así establecidas.

2. Observancia de los principios propios de la Contratación estatal en el reglamento de contratación Misional

Durante el desarrollo del presente estudio se ha recabado en la exigencia establecida por el artículo 76 de la Ley 80 de 1993 referida a la necesidad de establecer dentro de los procedimientos que adopten las entidades dedicadas a la exploración y explotación de recursos naturales, que para el caso objeto de análisis responde a la explotación de hidrocarburos, los principios de transparencia, economía y responsabilidad así como el deber de selección objetiva conforme los dispone la misma ley de contratación pública.

Es de esta manera indispensable entrar a realizar un análisis crítico acerca del cumplimiento real y efectivo de esta disposición en el desarrollo de los procesos excepcionales que ha establecido la Agencia Nacional de Hidrocarburos, ya analizado previamente el reglamento para la asignación de áreas es procedente ahora entrar a revisar el reglamento de contratación misional esta verificación se realiza en la consagración dentro del reglamento y en la aplicación en los procesos de selección, advirtiéndose de antemano que no se pretende realizar un análisis de control administrativo o fiscal, sino un análisis académico de la aplicación real de los principios.

Del análisis efectuado se podrá dar respuesta al problema jurídico planteado acerca del cumplimiento de los principios que rigen la contratación estatal y, de igual manera, determinar si es correcta la aplicación de los mismos a lo que se hace necesario acudir a situaciones presentadas que sirvan como ejemplo para dar un marco de cumplimiento de los mismos; de esta forma se podrá demostrar o desmentir las hipótesis planteadas en la parte introductoria.

2.1 Observancia al deber de selección Objetiva en el reglamento de Contratación Misional

El reglamento de Contratación Misional (Acuerdo 01 de 2009), fue expedido el día 19 de febrero de 2009, y no cuenta con acuerdos posteriores que actualicen las reglas allí impuestas; de esta manera el principio de Selección Objetiva no está ajustado a lo dispuesto en el artículo 88 de la Ley 1474 de 2011¹³⁸ que modifica el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007.

¹³⁸ Artículo 88 Ley 1474 de 2011. Modifíquese el numeral 2 del artículo 5° de la Ley 1150 de 2007 en el siguiente sentido: ‘2. La oferta más favorable será aquella que, teniendo en cuenta los factores técnicos y económicos de escogencia y la ponderación precisa y detallada de los mismos contenida en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, resulte ser la más ventajosa para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos. En los contratos de obra pública, el menor plazo ofrecido no será objeto de evaluación. La entidad efectuará las comparaciones del caso mediante el cotejo de los ofrecimientos recibidos y la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello.

En los procesos de selección en los que se tenga en cuenta los factores técnicos y económicos, la oferta más ventajosa será la que resulte de aplicar alguna de las siguientes alternativas:

a) La ponderación de los elementos de calidad y precio soportados en puntajes o fórmulas señaladas en el pliego de condiciones; o

Los procesos establecidos dentro del reglamento de contratación excepcional, Acuerdo 01 de 2009, tienen dentro de su procedimiento una etapa de verificación de condiciones jurídicas, técnicas y de experiencia, tal como lo expresa el numeral 16 del reglamento, las cuales deberán establecerse conforme al objeto, cuantía y tipo de contrato a celebrar.

Los factores de evaluación que establece el reglamento de contratación solo están dados a los procesos que suponen la concurrencia de varias ofertas, es decir solo para los procesos celebrados bajo la modalidad ‘Invitación cerrada a presentar ofertas’ e ‘Invitación pública para presentar propuestas’. En los procesos de selección de mercado la selección de la oferta más favorable se realizará verificando que la oferta presentada, que por lo general es una sola, cumpla con los requisitos mínimos establecidos por la entidad y adicionalmente esta se encuentre conforme con las condiciones del mercado.

La modalidad de selección Invitación cerrada a presentar ofertas no es aplicable en este momento en razón a que no se estableció el directorio de proveedores, lo que implica que todas las ofertas deben presentarse por la modalidad de Invitación Pública; es preciso señalar que la entidad dejó de emplear esta modalidad de contratación desde el año 2011, utilizando los procedimientos establecidos en el Estatuto General de la Contratación Pública y el procedimiento de selección de mercado actualmente solo se emplea para la contratación de actividades de Promoción, relegando de esta manera a un segundo plano el reglamento de contratación excepcional.

Este reglamento de manera formal propende por la selección de la oferta más favorable como ocurrió en los procesos de selección de Invitación Pública celebrados hasta el año 2011, los cuales pueden consultarse en la página www.contratos.gov.co, en cuanto a que establece dentro de los criterios de selección requisitos mínimos de selección tanto de verificación como de evaluación; por su parte los procesos de selección de mercado, aunque en la reglamentación se busca que la oferta se ajuste a las condiciones de mercado y al cumplimiento de unos requisitos mínimos para que de esta manera la selección de la oferta sea objetiva, al analizar algunos procesos adelantados por la ANH bajo esta modalidad se observa que una de las falencias presentadas es que el estudio de mercado, en muchas ocasiones, se realiza con el mismo proponente, lo que implica que las condiciones de

b) La ponderación de los elementos de calidad y precio que representen la mejor relación de costo-beneficio para la entidad.

mercado pueden no responder a la realidad. Como consecuencia, se concluye que formalmente se cumple con el principio de selección objetiva pero persisten falencias en la práctica.

2.2 Observancia al Principio de Transparencia

En relación con el Acuerdo 01 de 2009, el reglamento dispone de las modalidades de selección claramente preestablecidas, la selección de mercado, la Invitación cerrada a presentar oferta y la Invitación pública, cada una con sus procedimientos y reglas de procedibilidad las cuales dependen de la cuantía en primer término y del objeto de contrato a celebrar.

Como lo dispuso el consejo de Estado una de las bases sobre el que se edifica el principio de transparencia consiste en la publicidad de las actuaciones de la administración, bajo esta premisa se revisaron los procesos celebrados bajo el Acuerdo 01 de 2009 los cuales no cumplen en totalidad con la publicidad de sus actuaciones; es así como conforme se puede verificar en la página del SECOP solo en un periodo del 19 de febrero de 2009, fecha de expedición del Acuerdo 01 de 2009, hasta el 31 de diciembre de 2011 solo se encuentran la publicación de 4 contratos para el año 2009 y 25 contratos para el año 2011 sin publicación de los documentos previos¹³⁹; por otra parte en relación con la invitación directa a un proponente específico, el cual se asemeja a la contratación directa del estatuto de contratación pública, es deber de la administración hacer públicas todas las actuaciones que surtió la administración previamente a la suscripción del contrato, esto en razón a que con la publicidad de la información se busca el conocimiento por parte de los ciudadanos de las actuaciones de la administración.

Otra de las bases que edifican el principio de transparencia está dada en la igualdad respecto todos los interesados, la vulneración a la libre concurrencia atenta contra la igualdad y esto puede ocurrir cuando se establecen condiciones no previstas en la constitución y en la Ley como criterios limitantes de participación, como es el caso de la exigencia contenida en

¹³⁹ Datos tomados de la página SECOP <http://www.contratos.gov.co/consultas/resultadoListadoProcesos.jsp#>, fecha de consulta 3 de mayo de 2016

el párrafo del numeral 5 del reglamento misional Acuerdo 01 que dispone ‘Párrafo: No podrán contratar con la Anh las personas naturales o jurídicas que aparezcan relacionadas en la orden administrativa No. 12798 del Gobierno de los Estados Unidos de América, conocida como lista Clinton y/o en la lista preparada y actualizada por el comité creado mediante Resolución 1267 de 1999 por el Consejo de Seguridad de la ONU’, al efecto es preciso indicar que la denominada ‘Lista Clinton’ no es una disposición aplicable a Colombia¹⁴⁰ (T 468, 2003) y menos puede constituirse en causal de inhabilidad, incompatibilidad o conflicto de interés para contratar, por lo tanto la consagración de esta disposición es inapropiada e improcedente y cercena de forma injustificada la libre competencia.

2.3 Observancia del Principio de Economía

Del Principio de Economía, consagrado en el artículo 25 de la Ley 80 de 1993, se extraen como elementos fundamentales la elaboración de estudios y documentos previos, la elaboración de los análisis de riesgos, el deber de planeación en donde se identifiquen las condiciones en donde se desarrolla el contrato y la necesidad de solicitar la garantía única de cumplimiento. Considerando estos aspectos como fundamentales para determinar la debida observancia del Principio de Economía, el análisis crítico se desarrollará analizando el cumplimiento en estos requisitos.

2.3.1 Estudios y Documentos previos

Del Principio de Economía, consagrado en el artículo 25 de la Ley 80 de 1993, se extraen como elementos fundamentales la elaboración de estudios y documentos previos, la elaboración de los análisis de riesgos, el deber de planeación en donde se identifiquen las condiciones en donde se desarrolla el contrato y la necesidad de solicitar la garantía única de

¹⁴⁰ Corte Constitucional, Sala Quinta, Sentencia T 468 de 5 de Junio de 2003, Expediente: T-515421, Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil.

cumplimiento. Considerando estos aspectos como fundamentales para determinar la debida observancia del Principio de Economía, el análisis crítico se desarrollará analizando el cumplimiento en estos requisitos.¹⁴¹ (Consejo de Estado, 2012)

Así dice el Consejo de estado: ‘el deber de planeación, en tanto manifestación del principio de economía, tiene por finalidad asegurar que todo proyecto esté precedido de los estudios de orden técnico, financiero y jurídico requeridos para determinar su viabilidad económica y técnica y así poder establecer la conveniencia o no del objeto a contratar, si resulta o no necesario celebrar el respectivo negocio jurídico y su adecuación a los planes de inversión’¹⁴² (Consejo de Estado, 2012).

Por su parte el numeral 4.1.12 del Acuerdo 01 de 2009 dispone que en virtud del Principio de Planeación todos los procesos de selección deben estar precedidos de actividades y estudios tendientes a garantizar su desarrollo; y a su vez en el numeral 24 de tal reglamento desarrolla las actividades de planeación disponiendo así en el numeral 24.2.1 los requisitos que deben contener los estudios previos que el reglamento denomina ‘Estudio de sustentación técnica y económica’, listando las condiciones mínimas que debe contener el estudio. Verificando frente a estudios previos realizados por la entidad¹⁴³ (Estudio de sustentacion tecnica y economica, 2011), el documento elaborado cuenta con los requisitos listados por el Acuerdo 01 de 2009, a saber: descripción de la necesidad, verificación de la contratación frente al plan de contratación, determinación del valor, sustentación de la conveniencia del contrato a celebrar, justificación de que la opción seleccionada supla la necesidad, enunciación de los permisos requeridos, determinación de la mínima capacidad financiera, determinación de las condiciones de organización y experiencia; pero carecen de la determinación de la exigencia de garantía, del análisis socio económico del sector, análisis jurídico sobre el contrato a celebrar y las condiciones que éste debe contener. Es preciso recordar que la inclusión de las cláusulas excepcionales es facultativa de la entidad pública para el régimen excepcional por lo que es indispensable determinar en el análisis jurídico

¹⁴¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 1999-00546, 28 de mayo de 2012, Consejero Ponente: Ruth Stella Correa Palacio.

¹⁴² Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 199-00546, 28 de mayo de 2012. Consejero Ponente Ruth Stella Correa Palacio.

¹⁴³ AGENCIA NACIONAL DE HIDROCARBUROS, Estudio de Sustentación Técnica y Económica para Contratar ‘Estudio Integrado de Núcleos obtenidos de los pozos perforados por la ANH y de las muestras de pozo disponibles en la Litoteca Nacional’; fecha 2 de Junio o de 2011, Radicado No. ANH-0012-004123-2011-I.

previo si se deben incluir o no en el futuro contrato. Adicionalmente no se realizan análisis de los futuros riesgos de la contratación.

Pese a la elaboración de los estudios previos, que son de suma importancia para la celebración del futuro contrato, no se están incluyendo en ellos la totalidad de las condiciones que pueden afectar su futura relación contractual, lo que implica que no existe un cumplimiento adecuado del Principio de Economía, en razón a que la elaboración de los estudios previos va más allá del cumplimiento en la realización de un documento sino que abarca la responsabilidad de la administración para con sus administrados en la buena y correcta ejecución de los recursos públicos.

2.3.2 Análisis de Riesgos en el reglamento de contratación misional

El riesgo contractual previsible ha sido entendido como: ‘todas aquellas circunstancias que de presentarse durante el desarrollo y ejecución del contrato, tienen la potencialidad de alterar el equilibrio financiero del mismo, siempre que sean identificables y cuantificables en condiciones normales’, no es posible confundir este tipo de riesgos con aquellos cubiertos por el régimen de garantías los cuales están relacionados con el cumplimiento de las obligaciones, la seriedad de la oferta, calidad de los bienes entre otros¹⁴⁴ (CONPES 3714, 2011), estos riesgos no se consideran dentro de los riesgos preVISIBLES por estar cobijados por regulaciones particulares o por no tener las consideraciones incluidas en la reglamentación

En el reglamento de contratación misional no se consagra dentro de su articulado la obligatoriedad de realizar un análisis de riesgos, pero esto no implica que no deban realizarse más cuando las disposiciones de estatuto de contratación lo exigen, en virtud del cumplimiento del principio de economía, y aún más cuando los contratos surgidos bajo este régimen son muy cercanos a los administrativos, pero al examinar los procesos de selección adelantados bajo este reglamento no existe un estudio previo que permita identificar, tipificar y mitigar los posibles riesgos que pueden presentarse en la ejecución del contrato.

Los contratos que surgen en aplicación a este Acuerdo tienen por objeto contratar actividades propias de la entidad, como es el caso de los contratos de gestión del conocimiento o de promoción que buscan satisfacer una necesidad presentada por la

¹⁴⁴ Departamento Nacional de Planeación, Documento CONPES 3714 ‘Del riesgo Previsible en el marco de la política de contratación pública, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, 01 de Diciembre de 2011.

administración; para la realización de este tipo de contratos debe contarse con una disponibilidad presupuestal previa y las características y exigencias de los acuerdos contractuales son comunes a las exigidas en el Estatuto General de la Contratación Pública; es por esto que la no elaboración previa de los análisis de riesgos pone en peligro la debida ejecución del contrato, contrasta con el interés general y adicionalmente pone en situación de inseguridad la debida ejecución de los recursos ocasionando la posible alteración del equilibrio económico del contrato.

Dejar de lado la determinación de los riesgos previsibles dentro de la ejecución del contrato es una falencia evidente de los procesos de planeación en razón a que la Entidad no logra determinar con prontitud y oportunamente las contingencias que puedan producirse en la ejecución de los contratos lo cual contribuye a que surjan controversias entre el particular y el Estado.

Por otra parte por medio de un estudio de las posibles contingencias que se puedan presentar en la ejecución del contrato, la Entidad puede tomar decisiones en razón al proyecto y las condiciones previamente establecidas; no hay que olvidar que el análisis de riesgos hace parte de las exigencias mínimas de planeación en que debe recabar el servidor público, por lo que se convierte en soporte fundamental en el proceso de selección, en la ejecución del contrato y en su liquidación.

La ausencia de un estudio detallado de asignación de riesgos previsibles, tal como ha venido siendo desarrollado en la legislación relacionada con la contratación pública, puede conllevar que en caso de ocurrencia de una contingencia previsible antes de la celebración del contrato, y siendo necesario continuar con la ejecución del proyecto o deba paralizarlo y dar inicio a las acciones legales y contractuales pertinentes para que se determine quién debe responder por la contingencia, y restablecer, si es el caso la ecuación económica del contrato; situaciones éstas que pueden ser evitadas si de manera oportuna se identifican y asignan los riesgos a la parte, sea Estado o particular, al que le corresponda legalmente mitigarlos; sobre este punto es preciso recabar que los contratos reglados por el Acuerdo 01 de 2009 obedecen más al ámbito administrativo de la entidad, por lo que su celebración también puede surtirse por el Estatuto General de la contratación pública (Ley 80 de 1993 y Ley 1150 de 2007), tal como lo ha venido haciendo la entidad, la exigencia de contar con un análisis previo de riesgos obedece a lo consagrado por el artículo 4 de la Ley 1150 de 2007.

La necesidad de conocer los riesgos previamente y prever la manera de mitigarlos busca que las partes al momento de suscribir el contrato dejen claras las reglas para actuar en caso de presentarse un hecho riesgoso para la ejecución del contrato y que pueda afectar la

ecuación financiera del contrato, y así evitar acciones legales y económicas que perjudiquen a las partes en especial al Estado, el cual siempre obrar en busca del interés general.

2.3.3 Observancia al deber de planeación propiamente dicho

En este reglamento excepcional, como se estudió previamente, existe la exigencia de la elaboración de estudios previos. Las falencias más evidentes en este reglamento relacionadas con la etapa de planeación son la carencia de requisitos en los estudios previos y la ausencia de un análisis de riesgos.

El reglamento de contratación misional (Acuerdo 01 de 2009) solo fue utilizado completamente por la ANH desde la fecha de expedición hasta el año 2012, en donde la gran parte de contratos que eran previamente celebrados en virtud del reglamento empezaron a celebrarse previa realización de los procesos contemplados en el Estatuto General de la Contratación Pública; verificando el SECOP se puede evidenciar que aquellos contratos con objetos similares a los inicialmente celebrados por el reglamento excepcional, cuentan con estudios previos completos y el adjudicatario variaba en razón a los que de manera reiterativa estaban siendo favorecidos con las adjudicaciones bajo el régimen especial. Ejemplos de esta situación se encuentran en los siguientes procesos:

- ✓ ANH-01-CM-2012, el cual tenía por objeto la interventoría técnica de los contratos de exploración y explotación, que bajo el régimen del Acuerdo 01 de 2009 había sido ejecutado el contrato en reiteradas ocasiones por el contratista Geoconsult; luego de la celebración del concurso de méritos el proponente seleccionado fue Consorcio Interventoría ANH-2012 integrado por Holguín Construcciones SAS, Incobras Ltda y R&M Construcciones e Interventorías. En relación con Geoconsult, contratista que, como se dijo, había suscrito los contratos en las vigencias anteriores para el mismo objeto, el evaluador jurídico lo declaró no habilitado jurídicamente dentro del proceso selectivo en cuanto a que presentaba un conflicto de interés por cuanto los socios de la sociedad eran los mismos de una sociedad de responsabilidad limitada que al

momento de la realización del procesos de selección era operador en un contrato de exploración y explotación, al que le tendría que realizar auditoria.¹⁴⁵

- ✓ Proceso ANH-04-SA-2012 con el objeto de la contratación de la operación del centro de cómputo y demás servicios informáticos para la entidad. Luego del proceso de selección abreviada fue escogida la empresa COLSOFT SA. Se destaca que este proceso de selección se adjudicó por un valor de 2006 millones de pesos para la realización de las mismas actividades contratadas en las vigencias anteriores y por el mismo tiempo de contratación ahorrándole a la entidad cerca de 2000 millones de pesos. NEWNET el contratista que ejecutó los anteriores contratos dentro de la evaluación técnica no cumplió con los requisitos mínimos exigidos y no superó la verificación de orden financiera.¹⁴⁶
- ✓ Proceso ANH-04-CM-2012 el objeto de esta contratación es la Asesoría Financiera. En pasadas vigencias fue seleccionado el proponente Risco Finanzas Corporativas; luego de adelantado el proceso selectivo le fue adjudicado al proponente SERTIC. Risco Finanzas corporativas, que en numerosas oportunidades celebró contratos con este objeto, no participó dentro de este proceso de selección.¹⁴⁷

Ahora bien, una vez analizada una muestra de 483 contratos celebrados durante el tiempo en que se aplicaba integralmente el Acuerdo 01, se logró evidenciar que los análisis de mercado se basaban en información aportada por la persona natural o jurídica que a futuro iba ser adjudicataria del contrato; de igual manera el uso del régimen excepcional en contrataciones que en su momento podían surtir por el Estatuto General de Contratación

¹⁴⁵ Sistema Electrónico para la Contratación Pública, Proceso Número ANH-01-CM-2012, Objeto: “Realizar la Interventoría Técnica a los contratos de exploración y producción de hidrocarburos E&P- suscritos por la ANH y sus contratistas, con la finalidad de realizar el seguimiento al cumplimiento de todos los compromisos contractuales, verificar en campo la ejecución de las actividades exploratorias pactadas, consolidar el avance en las actividades exploratorias desarrolladas por los contratistas y Certificar la ejecución de las actividades exploratorias” consultado en: <https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=12-15-807411> fecha de consulta 13/11/2015

¹⁴⁶ Sistema Electrónico para la Contratación Pública. Proceso Número ANH-04-SA-2012, Objeto: prestar los servicios de operación y administración del centro de cómputo principal, el servicio de maesa de ayuda para el BIP - ANH y la contratación del plan de recuperación de desastres - DRP para el BIP - ANH, conforme lo establecido en los pliegos de condiciones”. Consultado en <https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=12-11-788998>. Fecha de consulta 13/11/2015

¹⁴⁷ Sistema Electrónico para la Contratación Pública, Proceso ANH-04-CM-2012 Objeto: “Realizar la interventoría financiera de los contratos de evaluación técnica, exploración y producción, convenios y acuerdos suscritos por la Agencia Nacional de Hidrocarburos desde el año 2004” consultado en: <https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=12-15-828058> fecha de consulta 13/11/2015.

por la naturaleza del objeto del contrato, es otro aspecto que evidencia la carencia en el deber de planeación en razón a que no se determinó con certeza el proceso selectivo a realizar¹⁴⁸.

3. Decaimiento Normativo del reglamento de Contratación misional como inobservancia del principio de responsabilidad.

El reglamento de contratación misional vigente (Acuerdo 01 de 2009) tiene su sustento de origen en el Decreto 1760 de 2003, el cual fue derogado por el decreto 4137 de 2011 por medio del cual cambia la naturaleza jurídica de la Agencia Nacional de Hidrocarburos. Se fundamenta su contenido en el Decreto 2474 de 2008 el cual de igual manera fue derogado por el Decreto 734 de 2012, a su vez derogado por el Decreto 1510 de 2013, este último compilado en el Decreto 1082 de 2015. En este orden de ideas, se concluye que el Acuerdo 01 de 2009 no cuenta con soporte legal que lo respalde por estar soportado en normas que han salido del ordenamiento jurídico y por lo tanto lo único procedente es que el Acuerdo siga la misma suerte de las normas que lo soportan.

‘El decaimiento de un acto administrativo que se produce cuando las disposiciones legales o reglamentarias que le sirven de sustento, desaparece del escenario jurídico. Cuando se declara la inexecutable de una norma legal en que se funda un acto administrativo se produce la extinción y fuerza ejecutoria del mismo, pues si bien es cierto que todos los actos administrativos son obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción en lo contencioso administrativo, también lo es que la misma norma demandada establece que "salvo norma expresa en contrario", en forma tal que bien puede prescribirse la pérdida de fuerza ejecutoria frente a la desaparición de un presupuesto de hecho o de derecho

¹⁴⁸ En este sentido la entidad celebró las siguientes contrataciones bajo la modalidad de selección de mercado propio del Acuerdo 01 de 2009: con el objeto de llevar a cabo la auditoria en seguridad informática (Cto 77 de 2009 por valor de \$290.000.000), o la organización logística de eventos (Cto. 45 de 2009 por valor de \$648.400.000; Cto 19 de 2010 por valor de \$1.400.000.000); asesoría financiera (Cto 34 de 2009 por valor de \$803.000.000; Cto 36 de 2010 por valor de \$1.315.440.000; Cto 44 de 2011 por valor de \$510.400.000); la adquisición de tiquetes aéreos (Cto. 33 de 2009 por valor de \$320.000.000; Cto. 24 de 2010 por valor de \$1.000.000.000; Cto. 31 de 2011 por valor de \$695.516.500), manejo y archivo de documentos; desarrollos en materia de informática para módulos presupuestales; diseño e impresión de material institucional (Cto. 59 de 2009 por valor de \$1.392.428.217; Cto. 76 de 2009 por valor de \$850.842.600); mantenimiento del sistema de gestión de calidad (Cto. 26 de 2010 por valor de \$269.988.840); administración del centro de cómputo (Cto. 99 de 2010 por valor de \$1.443.000.000) o el plan de recuperación de desastres (Cto. 39 de 2011 por valor de \$1.411.948.921); entre otros muchos contratos cuyo objeto y actividades principales son claramente prestaciones del orden funcional de la entidad que por sus características han de celebrarse bajo las estipulaciones contenidas en el Estatuto General de la Contratación Pública (Ley 80 de 1993 y Ley 1150 de 2007. Esta información se puede consultar en <http://www.anh.gov.co/Contratacion/Historico/Contratos%20Misionales%202010.pdf>

indispensable para la vigencia del acto jurídico, que da lugar a que en virtud de la declaratoria de nulidad del acto o de inexequibilidad del precepto en que este se funda, decretado por providencia judicial, no pueda seguir surtiendo efectos hacia el futuro, en razón precisamente de haber desaparecido el fundamento legal o el objeto del mismo’ ¹⁴⁹ (C 069, 1995).

Es así que al desaparecer los fundamentos fácticos o jurídicos que soportaban la existencia del Acuerdo 01 de 2009, se está en presencia de un acto administrativo que decae y por lo tanto no es jurídicamente viable su aplicación; en consecuencia, los contratos que ha suscrito y sigue suscribiendo la entidad relacionados con actividades de promoción, estarían viciados de nulidad por carecer de fundamento jurídico.

¹⁴⁹Corte Constitucional, Sentencia C-069 de 1995, Expediente D-699, Magistrado Ponente: Hernando Herrera Vergara, 23 de febrero de 1995C 004, Expediente D-863 (Corte Constitucional 18 de ENERO de 1996).

CAPITULO 4: AGENCIA NACIONAL DE HIDROCARBUROS ENTIDAD REGULADORA Y DE INSPECCION DE LA ACTIVIDAD HIDROCARBURIFERA

La Agencia Nacional de Hidrocarburos es la entidad encargada en Colombia de la regulación e inspección de la actividad hidrocarburífera del país, es por esto que hablar acerca de su creación, funciones y puntos clave en el desarrollo de las mismas es un punto relevante para esta investigación, en especial, porque dadas las funciones otorgadas desde el 2003, fecha de su creación, la entidad ha contado con las facultades y posiblemente con las suficientes competencias para la expedición de dos reglamentos excepcionales a la Ley de contratación.

En este capítulo pretendemos dar respuesta al segundo problema específico ¿La agencia Nacional de Hidrocarburos ha expedido los reglamentos de contratación especial dentro del ámbito de su competencia, o si por el contrario existe una extralimitación en la interpretación de sus funciones otorgándose de por si actividades que por su naturaleza no le son propias?.

1. Acto de Creación y Modificación de la Agencia Nacional de Hidrocarburos

La Agencia Nacional de Hidrocarburos, o ANH, fue creada mediante el Decreto 1760 de 2003, por el cual se escinde la Empresa Colombiana de Petróleos ECOPETROL, se modifica su estructura orgánica y se crea la ANH; en este decreto se desprenden de Ecopetrol las funciones de administración integral de las áreas hidrocarburíferas de la Nación y la asignación de las mismas para la exploración y explotación dejando esta funciones en cabeza de la ANH.

En el Decreto en mención, la ANH se crea como una Unidad Administrativa Especial, adscrita al Ministerio de Minas y Energía, con personería jurídica, patrimonio propio, autonomía administrativa y financiera, sometida al régimen jurídico señalado en él que por disposición a la Ley 489 de 1998 responde al de los establecimientos públicos. De acuerdo con lo establecido por el artículo 81 de la Ley 489 de 1998, por estar asimilada a los establecimientos públicos, sus actos unilaterales en ejercicio de sus funciones administrativas son actos administrativos sometidos a las disposiciones del Código Contencioso

Administrativo y sus contratos, se rigen por lo dispuesto en el Estatuto Contractual de las entidades estatales y las disposiciones que lo complementen adicionen o modifiquen.

Posteriormente, y en ejercicio de las facultades extraordinarias otorgadas al Gobierno Nacional, por la Ley 1444 de 2011, se modifica su naturaleza jurídica convirtiéndola de Unidad Administrativa Especial a una Agencia Estatal, del sector descentralizado de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional, con Personería Jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, técnica y financiera, adscrita al Ministerio de Minas y Energía¹⁵⁰ (Decreto 4137, 2011).

Bajo las facultades otorgadas al Presidente de la República por la Ley 1444 de 2011, se crearon y cambiaron la naturaleza jurídica de muchas entidades estatales denominándolas Agencias Estatales: al respecto es preciso mencionar que el término “Agencia Estatal” lo comprende la Constitución Política en su artículo 211, en donde dispone las funciones presidenciales que pueden ser delegadas siempre y cuando lo autorice la ley, expresamente contempla la citada norma: “La ley señalará las funciones que el Presidente de la República podrá delegar en los ministros, directores de departamentos administrativos, representantes legales de entidades descentralizadas, superintendencias, gobernadores, alcaldes y agencias del Estado que la misma ley determine(...) La delegación exime de responsabilidad al delegante, la cual corresponderá exclusivamente al delegatario, cuyos actos o resoluciones podrá siempre reformar o revocar aquel, reasumiendo la responsabilidad consiguiente (...)”

La Constitución Nacional señala claramente que el legislador es quien deberá determinar cuáles entidades contarán con dicha naturaleza jurídica; en este sentido, es claro que es deber del Congreso determinar que órgano, dependencia o ente estatal, puede contar con esta calidad, y a su vez ejercer funciones presidenciales delegadas. (C 566, 2000)¹⁵¹

La Agencia Estatal es un organismo descentralizado de naturaleza especial, con personería jurídica y sujetos al régimen de adscripción. Su creación está dada para ejercer funciones especiales para la estructuración, formulación y aplicación de políticas públicas. ‘Cuentan con un consejo directivo y un presidente, de libre nombramiento y remoción del Presidente de la Republica. Su régimen jurídico es el contenido en la norma de creación y, en general, el previsto para los establecimientos públicos, aunque en la práctica, la

¹⁵⁰ Decreto 4137 de 3 de noviembre de 2011 “por el cual se cambia la Naturaleza jurídica de la Agencia Nacional de Hidrocarburos”, artículo 1.

¹⁵¹ Corte Constitucional, Sentencia C-566 del 17 de mayo de 2000, expediente: D-2657 Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz

denominación resulta ambigua, teniendo en cuenta que si bien en algunos casos se les identifica como entidades descentralizadas de naturaleza especial, en otros se les confirió el carácter de unidad administrativa especial con personería Jurídica, como ocurre por ejemplo, con la Agencia Colombiana para la Integración de Personas y Grupos Alzados en Armas'.¹⁵² (Herrera Robles, 2012).

El principal objetivo para cambiar la naturaleza jurídica de la Agencia Nacional de Hidrocarburos estaba directamente relacionado con la adquisición de mayor autonomía por parte de la Entidad, otorgar más flexibilidad y convertirla de esta manera en una entidad capaz de actuar en un mundo globalizado.¹⁵³ (Ibañez, 2009)

1.1 Objeto de la Agencia Nacional de hidrocarburos

La Agencia Nacional de Hidrocarburos tiene como principal objetivo la administración integral de las reservas y recursos de los hidrocarburos de propiedad de la Nación, el aprovechamiento óptimo y sostenible de los recursos hidrocarburíferos y contribuir a la seguridad energética nacional (art. 2, Decreto 4137 de 2011).

El artículo 332 de la Constitución Política estableció “El Estado Colombiano es propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables...” en este sentido es claro que ninguna persona natural o jurídica, a título propio, puede explotar los recursos hidrocarburíferos (entendiendo hidrocarburos y gas) sin contar con previa autorización del Estado, quien para este caso se encuentra representado por la Agencia Nacional de Hidrocarburos; en este sentido se desarrollan las actividades de administración integral de las reservas lo que implica a su vez fijar los precios de los hidrocarburos para la liquidación de las regalías.

¹⁵² Herrera, Aleksey (2012), Aspectos Generales Del Derecho Administrativo Colombiano, Barranquilla: Editorial Universidad del Norte – Grupo editorial IBAÑEZ; Tercera Edición

¹⁵³ Ibañez, Jorge (2009), Consolidación Institucional del Sector de Hidrocarburos, Agencia Nacional de Hidrocarburos, trabajo final de consultoría del Contrato 56 de 2009.

1.2 Funciones de la Entidad

Como funciones le han sido asignadas a la ANH, las establecidas en el artículo 4 del Decreto 4137 de 2011:

- “1. Identificar y evaluar el potencial hidrocarburífero del país.
2. Diseñar, evaluar y promover la inversión en las actividades de exploración y explotación de los recursos hidrocarburíferos, de acuerdo con las mejores prácticas internacionales.
3. Diseñar, promover, negociar, celebrar y administrar los contratos y convenios de exploración y explotación de hidrocarburos de propiedad de la Nación, con excepción de los contratos de asociación que celebró Ecopetrol hasta el 31 de diciembre de 2003, así como hacer el seguimiento al cumplimiento de todas las obligaciones previstas en los mismos.
4. Asignar las áreas para exploración y/o explotación con sujeción a las modalidades y tipos de contratación que la Agencia Nacional de Hidrocarburos, ANH adopte para tal fin.
5. Apoyar al Ministerio de Minas y Energía en la formulación de la política gubernamental en materia de hidrocarburos, en la elaboración de los planes sectoriales y en el cumplimiento de los respectivos objetivos.
6. Estructurar los estudios e investigaciones en las áreas de geología y geofísica para generar nuevo conocimiento en las cuencas sedimentarias de Colombia con miras a planear y optimizar el aprovechamiento del recurso hidrocarburífero y generar interés exploratorio y de inversión.
7. Convenir, en los contratos de exploración y explotación, los términos y condiciones con sujeción a los cuales las compañías contratistas adelantarán programas en beneficio de las comunidades ubicadas en las áreas de influencia de los correspondientes contratos.
8. Apoyar al Ministerio de Minas y Energía y demás autoridades competentes en los asuntos relacionados con las comunidades, el medio ambiente y la seguridad en las áreas de influencia de los proyectos hidrocarburíferos.
9. Fijar los precios de los hidrocarburos para efectos de la liquidación de regalías.
10. Administrar la participación del Estado, en especie o en dinero, de los volúmenes de hidrocarburos que le correspondan en los contratos y convenios de exploración y explotación, y demás contratos suscritos o suscriba la Agencia, incluyendo las

regalías, en desarrollo de lo cual podrá disponer de dicha participación mediante la celebración de contratos u operaciones de cualquier naturaleza.

11. Recaudar, liquidar y transferir las regalías y compensaciones monetarias a favor de la Nación por la explotación de hidrocarburos.

12. Efectuar las retenciones de las sumas que por concepto de participaciones y regalías correspondan a las entidades partícipes con destino a los Fondos previstos en la Constitución Política y la ley, y hacer los giros y reintegros en los términos establecidos en ellas.

13. Adelantar las acciones necesarias para el adecuado abastecimiento de la demanda nacional de hidrocarburos.

14. Fijar los volúmenes de producción de petróleo de concesión que los explotadores deben vender para la refinación interna.

15. Fijar el precio al cual se debe vender el petróleo crudo de concesión destinado a la refinación interna para el procesamiento o utilización en el país, y el gas natural que se utilice efectivamente como materia prima en procesos industriales petroquímicos cuando sea del caso.

16. Administrar y disponer de los bienes muebles e inmuebles que pasen al Estado por finalización de contratos y convenios de exploración y explotación, o por reversión de concesiones vigentes, con excepción de los contratos de asociación que celebró Ecopetrol hasta el 31 de diciembre de 2003.

17. Hacer seguimiento al cumplimiento de las normas técnicas relacionadas con la exploración y explotación de hidrocarburos dirigidas al aprovechamiento de los recursos de manera racional e integral.

18. Fijar los precios de exportación de petróleo crudo para efectos fiscales y cambiarlos.

19. Dirigir y coordinar lo relacionado con las liquidaciones por concepto del canon superficiario correspondiente a los contratos de concesión.

20. Verificar las especificaciones y destinación del material importado en el subsector de hidrocarburos para efectos de aplicar las exenciones previstas en el Código de Petróleos o normas que lo modifiquen o adicionen.

21. Supervisar las especificaciones y destinación del material importado en el subsector de hidrocarburos para efectos de aplicar las exenciones previstas en el Código de Petróleos o normas que lo modifiquen o adicionen.

22. Ejercer las demás actividades relacionadas con la administración de los recursos hidrocarburíferos de propiedad de la Nación.

23. Las demás que le sean asignadas y que le delegue el Ministerio de Minas y Energía, de conformidad con las normas vigentes.”

A su vez el Decreto 4130 de 2011 en su artículo 2, le reasigna las siguientes funciones a la ANH:

“1. Parcialmente la función contemplada en el numeral 21 del artículo 5o del Decreto 70 de 2001 asignada al Ministerio de Minas y Energía, que quedará así: Fijar los precios de exportación del petróleo crudo, para efectos fiscales y cambiarios.

2. Fijar los precios de los hidrocarburos para efectos de la liquidación de regalías, asignada al Ministerio de Minas y Energía en el numeral 22 del artículo 5o del Decreto 70 de 2001.

3. Supervisar las especificaciones y destinación del material importado en el subsector de hidrocarburos para efectos de aplicar las exenciones previstas en el Código de Petróleos o normas que lo modifiquen o adicionen, asignada al Ministerio de Minas y Energía en el numeral 10 del artículo 12 del Decreto 70 de 2001.

4. Dirigir y coordinar lo relacionado con las liquidaciones por concepto del canon superficiario correspondiente a los contratos de concesión, asignada al Ministerio de Minas y Energía en el numeral 21 del artículo 12 del Decreto 70 de 2001.

5. Realizar las liquidaciones por concepto de regalías, mensualmente para efectuar anticipos y trimestralmente en forma definitiva, asignada al Ministerio de Minas y Energía en el numeral 24 del artículo 12 del Decreto 70 de 2001.”.

2. Contratos de exploración y explotación de hidrocarburos de propiedad de la Nación

Una de las principales funciones asignadas a la Agencia Nacional de Hidrocarburos consiste en el diseño, promoción, negociación y administración de los contratos de exploración y explotación de hidrocarburos de la Nación.

2.1 Contratos de Exploración y Explotación

Los contratos de exploración y explotación de recursos naturales no renovables, como el contrato petrolero, responden a la noción clásica de contrato pues consisten en un acuerdo

de voluntades fuente de obligaciones como lo determina los artículos 1495 y 1494 del código civil. En él se distinguen elementos de su esencia los cuales serían: el área a explorar o explotar pues si se carece de ésta el contrato no existe y el riesgo exploratorio que consiste en buscar y no encontrar hidrocarburos comercialmente explotable. Propios de la naturaleza del contrato, el pago de la regalía al Estado en donde se obliga al explotador a dar la contraprestación pactada y a devolver el área explorada y/o explotada. Por último cosas accesorias serían todas aquellas cosas pactadas por las partes para hacer más operativo el contrato,¹⁵⁴ (Mena, 2006). En los Contratos E&P en Colombia se distinguen la división de fases, la restitución parcial del área y los derechos de cada una de las partes, entre otros que caben en este concepto de cosas accesorias.

2.1.1 Clases de Contratos en los países productores de petróleo

No existe en los países productores de petróleo un modelo único o estándar de clausulado contractual, pues este varía dependiendo de las condiciones políticas, sociales, legales o económicas ¹⁵⁵ (Castagnino Abásolo, 2015). Es por esto que los modelos de contratación son variables y dependen de la negociación que quiera hacer el Gobierno anfitrión para entregar la exploración y explotación de una zona específica.

Los modelos de contratos, de acuerdo con las prácticas internacionales son: Contratos de Concesión, de producción compartida y de Servicios.

i) Contratos de Concesión

Esta forma de contrato es la más antigua, su desarrollo data de finales de 1800 cuando se presentó el boom petrolero en Estados Unidos y se basa principalmente en el concepto de propiedad de la tierra, en donde, la propiedad de la tierra del subsuelo y de todo lo que está encima es del terrateniente ¹⁵⁶ (Openoil y Corcaid, 2013); y es el individuo quien tiene derecho sobre el hidrocarburo por lo que el Estado recibe ganancia por medio de impuestos y regalías.

¹⁵⁴ Mena, M.,(2006), *Jaque Mate A ECOPETROL*, Bogotá: 3R Editores

¹⁵⁵ Castagnino , Renzo (2015), *Formas contractuales en la Industria de hidrocarburos Peruana*, Delapunte Abogados, tomado de <http://www.delapunte.com.pe/admin/recursos/libros/Hidro.pdf>; consultado: 19 de Julio de 2015

¹⁵⁶ Cordaid y OpenOil. (2013), *Oil Contracts-How to read and understand them*; OpenOil UG. Primera Edición

A finales de 1960, el modelo de concesión evolucionó y surgió un modelo de segunda generación, en donde se dio paso a términos más equitativos para las partes; se estableció un término limitado para la explotación del recurso, se estipularon cláusulas de reversión y regalías más altas aunque el Inversionista continuaba con los derechos exclusivos de exploración y explotación.¹⁵⁷ (Barrios Giraldo, 2005).

ii) Contratos de Producción Compartida

En este tipo de contrato, el Estado anfitrión es el propietario del hidrocarburo y contrata a una compañía para que realice la exploración del subsuelo; su origen se le otorga a Indonesia quien implemento este modelo en 1966 bajo la ola de la nacionalización de los recursos.¹⁵⁸ (Openoil y Corcaid, 2013).

En este modelo de contrato, que en realidad es un contrato para la prestación de un servicio remunerado con parte de la producción que se obtenga, desde luego siempre y cuando se obtenga con lo que el riesgo de la exploración es siempre del contratista-, la producción es dividida en proporciones predeterminadas entre el Estado y el Contratista y tiene tres elementos esenciales: la recuperación de costos, participación en la producción y el impuesto a la renta.

- ✓ Recuperación de Costos: La recuperación de Costos “Cost Recovery” consiste en apartar un porcentaje de la venta del hidrocarburo durante el primer año para pagar el valor de la inversión total de la compañía en la exploración y producción, si el monto no es suficiente para recuperar el monto estimado se hace el mismo procedimiento para el segundo año y así sucesivamente ¹⁵⁹ (Barrios Giraldo, 2005).
- ✓ Participación en la producción: Luego de haber deducido la cantidad de petróleo producido, acordado entre el Estado y la compañía para que esta última recuperara el monto invertido, la producción restante se divide entre el Estado y el Inversionista, basándose en una escala de producción, sea diaria o acumulada, de los yacimientos descubiertos.¹⁶⁰ (Vanegas Angarita, 2012).

¹⁵⁷ Barrios, A (2005), ¿Es atractiva la contratación petrolera para la inversión privada en Colombia?. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia. Facultad de Ciencias Económicas.

¹⁵⁸ Cordaid y OpenOil. (2013), Oil Contracts-How to read and understand them; OpenOil UG. Primera Edición

¹⁵⁹ Barrios, A (2005), ¿Es atractiva la contratación petrolera para la inversión privada en Colombia?. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia. Facultad de Ciencias Económicas

¹⁶⁰ Vanegas, O (2012), Curso de legislación y contratación petrolera, Bucaramanga: Universidad Industrial de Santander.

- ✓ No pago de Regalía: El contrato de producción compartida por regla general excluye a la compañía del pago de regalías en razón a que el Estado transfería a una empresa petrolera el derecho de explorar un área de trabajo en búsqueda de petróleo por un determinado lapso de tiempo bajo un programa de trabajo y ‘un presupuesto de gastos en divisas aprobados por la empresa estatal’¹⁶¹ (Mora Contreras, 2011), ha de entenderse que este sólo comprendía el derecho de usar la superficie; en caso de encontrar petróleo en el área de exploración este era compartido entre el Estado y el Contratista, pero advirtiendo que el Estado no otorgaba el derecho de propiedad en el subsuelo sino que simplemente compartía un porcentaje del petróleo producido neto, lo que genera como obvia consecuencia el no pago de ningún tipo de regalía por parte del Contratista.

Esta exclusión no cobijaba el pago de primas que se acostumbra pagar al propietario del recurso natural, el cual para este caso era el Estado, entre las que se encuentran la ‘prima de la firma del contrato, prima para adiestrar al personal y primas por producción acumulada’¹⁶² (Mora Contreras, 2011), las cuales eran deducibles del impuesto de renta. Algunos contratos de producción compartida modernos han incorporado el pago de regalía por medio de un porcentaje de la producción bruta que debe pagarse al Estado antes de iniciar la recuperación de costos. ‘Este porcentaje puede ser: a) fijo, b) mínimo y c) variable, generalmente, c₁) en función de una escala móvil del volumen producido (el llamado *sliding scale royalty* en inglés), c₂) de la rentabilidad del yacimiento o c₃) de los beneficios netos de la empresa.’¹⁶³ (Mora Contreras, 2011)

iii) Contratos de servicios

En este tipo de contratos el Estado acuerda una tarifa con la compañía para la realización de cualquier tipo de actividad, ya sea exploratoria o de producción, el pago no está relacionado con la producción y usualmente la forma de pago es en dinero y rara vez en especie.

¹⁶¹ Mora, J (2011), Contratos de exploración y producción de petróleo: Origen y Evolución, Universidad de Los Andes Venezuela, Facultad de ciencias económicas y sociales Departamento de economía, tomado de: http://www.saber.ula.ve/bitstream/123456789/34650/1/contratos_petroleros.pdf, fecha de consulta: 19 de enero de 2016

¹⁶² Ibidem, pág. 49

¹⁶³ Ibidem, pág. 50

Se caracteriza por que el total de la producción de hidrocarburos es del Estado, al igual que las reservas; el pago entendido como la compensación del servicio acordado es una tarifa pactada y las compañías tienen la expectativa de poder adquirir un porcentaje de crudo a una tasa preferencial ¹⁶⁴ (Vanegas Angarita, 2012).

iv) Contrato Joint Venture

El Contrato Joint venture, es una institución propia del Derecho anglosajón y es entendido como una asociación de dos o más personas para compartir determinada actividad empresarial que implica en si asumir un riesgo para lograr un beneficio común pero sin el interés de formar una sociedad¹⁶⁵ (C-994/01, 2001).

Por lo general, en el caso de industrias petroleras, estas asociaciones se presentan con el fin de cumplir con objetivos específicos como: reunir el capital necesario para la exploración o explotación del campo; dividir la asignación de riesgos de varios proyectos entre los integrantes con el fin de realizar varias operaciones por separado en el caso exploración; en caso de explotación esta si se realiza de forma conjunta en cuanto a que esto ayuda a disminuir los costos. ¹⁶⁶ (Pigretti, 2014).

2.1.2 Contratación en Colombia

Colombia ha tenido variados tipos de contratos para la exploración y explotación de hidrocarburos, el cual ha ido variando conforme la evolución social, económica y política del país, pues es el contrato petrolero el que define la relación directa entre la participación del estado en la renta y en algunos casos, en conjunto con la normatividad interna, ha definido el desarrollo de la industria en el país.¹⁶⁷ (Ortiz, 2013)

Entre los tipos de contratos se destacan:

¹⁶⁴ Vanegas O (2012), Curso de legislación y contratación petrolera, Bucaramanga: Universidad Industrial de Santander

¹⁶⁵ Corte Constitucional, (2001), Sentencia C-994/2001, Expediente D-3452, Magistrado Ponente: Jaime Araujo Rentería, 19 de septiembre de 2001.

¹⁶⁶ Pigretti, E (2014), Régimen Jurídico del Petróleo y Gas Natural en la República Argentina. Buenos Aires: Editorial Dunken.

¹⁶⁷ Ortiz, J (2013), Petróleo, Bogotá: Indepaz ediciones.

i) Concesión

“La típica concesión es un contrato administrativo normado celebrado entre el Gobierno y un inversionista llamado concesionario, por medio del cual aquel le otorga un privilegio para poder explotar los recursos naturales no renovables pertenecientes por Constitución a la Nación, y a su vez, el inversionista se obliga a pagar una regalía como contraprestación”.¹⁶⁸ (Paris Santamaria, 2004).

A través del contrato de concesión el Estado entregaba un área para la exploración y explotación de hidrocarburos a una compañía, a cambio del pago de regalías e impuestos; en este modelo el Estado no tenía participación dentro de las operaciones y por tal razón tampoco aportaba capital de riesgo.

Los primeros contratos de concesión petrolera que se suscribieron fueron la Concesión Barco, firmada el 16 de octubre de 1905, para la exploración y explotación de hidrocarburos dentro de aproximadamente 200 mil hectáreas baldías en la región del Catatumbo, y la Concesión De Mares celebrado el 28 de noviembre de 1905 para la exploración y explotación en un área ubicada en la zona media del Río Magdalena.

Las principales características de los contratos de concesión son:

- ✓ Extensión: El artículo 22 del Decreto legislativo 1056 de 1953 establecía que el área otorgada era mínimo de cinco mil hectáreas y máximo de cincuenta mil. En la zona situada al oriente de la cima de la Cordillera Oriental esta extensión podía aumentar a doscientos mil; posteriormente con la Ley 10 de 1961 el área se estableció en mínimo tres mil hectáreas (3000) y máximo veinticinco mil (25000); y en la zona oriental el área aumentaba máximo a cien mil (100000);
- ✓ Término de exploración. Se establecía como término de cinco años para realizar las actividades exploratorias, el cual podía prorrogarse por otros tres años más. En la zona oriental antes indicada el término inicial era de siete años con el mismo término de prórrogas anteriormente mencionado. Entiéndase por etapa de exploración todos aquellos trabajos geológicos superficiales y de perforación con taladro tendiente a averiguar si en un terreno, objeto de la concesión, tiene o no petróleo extraíble. ¹⁶⁹ (Decreto 1056, 1953)

¹⁶⁸ París, E (2004), Breve historia de la contratación petrolera en Colombia. Bogotá: Impresión PapelMarket.

¹⁶⁹ República de Colombia, Presidencia de la República, (1953) Decreto Legislativo 1056 de 1953., artículo 23, Bogotá: Diario Oficial No. 28199.

- ✓ Término de explotación. Este empieza a cumplirse una vez vencido el plazo de exploración y siempre y cuando ésta sea exitosa es decir que encuentre hidrocarburos en la zona. El plazo en esta etapa era de 30 años y 50 años para la zona oriental atrás descrita, con prórrogas de diez años para la primera y de veinte para el segundo caso. Al terminar el plazo establecido con sus prórrogas la concesión revierte de manera gratuita para el Estado. También podía dar inicio a la etapa de explotación si estando en la etapa de exploración encuentra hidrocarburos y da aviso al Gobierno; en este momento se autorizaba el inicio de la etapa si existen “un mínimo de instalaciones tales como tanques de almacenamiento, separadores de gas, plantas de desalación, y deshidratación, y medios de recolección de crudo y gas, de transporte adecuado para el crudo, así como el volumen de producción efectiva”.¹⁷⁰ (Decreto 1348 , 1961)
- ✓ Regalías. Estas se pagaban conforme la regulación establecida por el artículo 13 de la Ley 10 de 1961, las cuales pueden ser en dinero o en especie y el valor a cancelar dependía de la zona. ‘Artículo 13- Todo concesionario de exploración y explotación de petróleos de propiedad nacional pagará al Gobierno la siguiente participación, en especie o en dinero, o voluntad del Gobierno, en el campo de producción, determinada en las instalaciones que se efectúe la fiscalización.

Zonas situadas al Este y Sureste de la cima de la Cordillera Oriental, once y medio por ciento (11 1/2%), del producto bruto explotado.

Cuando las participaciones se exijan en dinero se pagarán mensualmente, en dólares o en moneda colombiana a opción del Gobierno, sobre la base del precio medio se deducirá el costo del transporte entre dicho puerto de embarque y el campo de producción de conformidad con las tarifas de transporte por oleoducto, incluyendo trasiego si fuere el caso, fijadas de acuerdo con los artículos 56 y 57 del Código de Petróleos; si se utilizare otro medio del transporte del crudo, el Gobierno fijará la correspondiente tarifa de común acuerdo con el concesionario.

La determinación del precio medio del crudo en el puerto de embarque se hará con base en normas internacionales y valores de crudos semejantes en puertos que puedan abastecer el mercado en condiciones similares.

PARAGRAFO. Las concesiones situadas al Este y Sureste de la cima de la Cordillera Oriental que en explotación comercial antes del 31 de diciembre de 1970, pagarán al

¹⁷⁰ República de Colombia, Presidencia de la Republica (1961), Decreto 1348 de 1961, artículo 12

Estado, durante los primeros diez años del período de explotación, una participación del siete por ciento (7%) del producto bruto explotado, liquidada en la forma prevista por este artículo.¹⁷¹ (Ley 10, 1969)

✓ Reversión. Una vez vencido el plazo de la concesión el inmueble pasa a manos del Estado, esta figura es regulada por el artículo 33 del Decreto 1056 de 1953 ‘Código de Petróleo’. ‘Artículo 33 - Terminado el contrato por cualquier causa, salvo lo dispuesto en el artículo anterior, el contratista dejará en perfecto estado la producción de los pozos que en tal época sean productivos y en buen estado las construcciones y otras propiedades inmuebles ubicadas en el terreno contratado, todo lo cual pasará gratuitamente a poder de la Nación con las servidumbres y bienes expropiados en beneficio de la empresa.

Respecto, de la propiedad mueble, su precio se fijará por peritos, y el contratista tendrá la obligación de vendérselas al Gobierno, si así se lo exigiere dentro de los noventa (90) días siguientes a la terminación del contrato.

La determinación del carácter de mueble o inmueble, en caso de desacuerdo, lo harán los peritos, teniendo en cuenta la naturaleza y destinación de tales bienes, según lo dispone el Código Civil. Los peritos serán nombrados y procederán como se indica en el Artículo 11.

Es entendido que en caso de prórroga del contrato, la reversión de las mejoras a favor de la Nación no se producirá sino al vencimiento de dicha prórroga.

La Nación podrá, en cualquier tiempo, impetrar las providencias conservatorias que le convengan para impedir que se perjudiquen o inutilicen, por culpa del contratista, el campo petrolífero o sus instalaciones y dependencias’.

ii) Contrato de Asociación

Con la ley 20 de 1969 el Gobierno Nacional dio paso al Contrato de Asociación, con el fin de ajustar el sistema de exploración y producción a las exigencias del mercado internacional. El contrato de asociación recibe este nombre por la relación que surge entre las

¹⁷¹ Ley 10 de 16 marzo de 1961, ‘Por la cual se dictan disposiciones en el ramo de petróleos’, Diario Oficial No. 30477 del 27 de marzo de 1961. Congreso de la República

partes al producirse un descubrimiento reconocido en conjunto como comercial, después de la expedición de la mencionada ley y ya creado ECOPETROL todas las compañías que quisieran invertir en el país debía consensuar con Ecopetrol, entidad encargada de la administración de los hidrocarburos del país, y después de pagar un monto fijo del 20% de regalías e impuestos, se dividían por la mitad la producción, después de que el estado desembolsará el cincuenta por ciento (50%) de los costos de operación y desarrollo del campo. La duración de estos contratos era de veintiocho (28) años.¹⁷² (Ortiz, 2013).

Posteriormente se expidió el Decreto 2782 de 1989 el cual dio paso al contrato de asociación escalonada en donde el Estado aumenta lo que toma fiscalmente de acuerdo al tamaño del campo, la principal crítica que recibió este esquema es que si bien el Estado obtenía ventaja de los campos grandes, desconocía a la vez los incrementos de los precios del petróleo o las reducciones de los costos.¹⁷³ (Barrios Giraldo, 2005)

ECOPETROL considerando las críticas emanadas del contrato de asociación escalonada modifica el contrato introduciendo el factor R, el cual define el porcentaje de participación del asociado bajo la relación entre ingresos y egresos; eso sí manteniendo un veinte por ciento (20%) de regalías. Bajo este parámetro cuando el factor es 1 la inversión del Estado aumenta gradualmente en más del cincuenta por ciento (50%) en razón a que esto indica que el contratista ha recuperado su inversión.

En el Gobierno de Andrés Pastrana se modificó el contrato de asociación disminuyendo la participación en la renta petrolera por parte del Estado Colombiano en donde aumenta el ingreso del inversionista a un setenta por ciento (70%); de igual forma se modificó el factor R en donde se le garantizaba al inversionista ingresos superiores al 1.5 de los costos de operación y se disminuyó el monto de la regalía que ya no era un monto fijo del 20% sino paso a ser escalonada del 5% al 25%.¹⁷⁴ (Ortiz, 2013).

El contrato de Asociación en Colombia se desarrolló como un contrato de adhesión en donde únicamente se entra a negociar el área contratada, los compromisos exploratorios y unas obligaciones relacionadas con el programa de transferencia de tecnología.

Las características más relevantes de este tipo de contrato son:

¹⁷² Ortiz, J (2013), *Petróleo*, Bogotá: Indepaz ediciones

¹⁷³ Barrios, E (2005), *¿Es atractiva la contratación petrolera para la inversión privada en Colombia?*, Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.

¹⁷⁴ Ortiz, J (2013), *Petróleo*, Bogotá: Indepaz ediciones

- ✓ Duración. Tiene una duración máxima de veintiocho (28) años y se compone de dos etapas: el Periodo de Exploración y el Periodo de Explotación
- ✓ Período de Exploración. Tiene una duración de tres (3) años con posibilidad de prórroga de otros tres (3). En este tiempo todos los trabajos exploratorios realizados corren por cuenta y riesgo de la compañía asociada. Toda la información obtenida en este tiempo debe ser entregada a Ecopetrol.
- ✓ Período de Explotación. Esta etapa tiene una duración de veintidós (22) años. Si la compañía asociada realiza un descubrimiento de hidrocarburos, debe presentar a Ecopetrol un estudio en donde demuestre que el campo es comercialmente explotable. Si Ecopetrol determina que existe viabilidad comercial da inicio a la operación conjunta y entra a participar con el cincuenta por ciento (50%) de las inversiones necesarias para el desarrollo del campo. De igual manera Ecopetrol reconoce a la empresa asociada el 50% de los costos causados en la etapa exploratoria. En caso que Ecopetrol no otorgue la viabilidad comercial, la empresa asociada podrá explotarlo por su cuenta y riesgo y quedarse con el total de la producción, descontando el veinte por ciento (20%) de regalías.¹⁷⁵ (Vanegas Angarita, 2012)

2.2 Contratos Surgidos luego de la creación de la ANH

Con la creación de la Agencia Nacional de Hidrocarburos (“ANH”), se reevaluó el contrato existente, con el objeto de atraer más inversión nacional y extranjera.

Para lograr este objetivo se realizaron tres cambios importantes:

1. A diferencia del contrato de asociación el Estado no entra forzosamente a participar en el contrato en caso de éxito exploratorio, por lo tanto, el inversionista tiene derecho al total de la producción luego del pago de regalías.
2. El Estado solo recibe regalías y una participación en la producción que se establece en el contrato según las políticas que apruebe la ANH, más una participación adicional en caso de ganancias extraordinarias por precios altos del crudo en los mercados internacionales.

¹⁷⁵ Vanegas O (2012), Curso de legislación y contratación petrolera, Bucaramanga: Universidad Industrial de Santander

3. De igual manera el Estado recibe un pago por el uso del subsuelo, el cual deberá le reconoce los siguientes derechos de acuerdo a la cláusula 38 del modelo de Contrato de E&P ‘ En áreas en Exploración: Por cada fase, EL CONTRATISTA reconocerá y pagará a la ANH un derecho por unidad de superficie, nominado en dólares de los Estados Unidos de América, según lo establecido en el numeral D.1 del anexo D. Este pago se hará dentro del Mes siguiente al inicio de la respectiva fase.

De conformidad con el artículo 8 del Acuerdo 04 de 2012, el desarrollo de las actividades de exploración y explotación de hidrocarburos tendrá lugar por medio de los contratos de: Exploración y Producción E&P, evaluación técnica TEA y contratos especiales.

2.2.1 Contratos de exploración y producción - E&P

Los contratos de Exploración y Producción o E&P otorga al Contratista el derecho a explorar el área contratada, y a producir los hidrocarburos que descubran en dicha área. El riesgos en la exploración y producción es exclusiva del Contratista por lo tanto es este quien debe correr con todos los gastos.¹⁷⁶ (Agencia Nacional de Hidrocarburos , 2015)

Las características de este contrato son:

- ✓ Periodo de exploración. El periodo de exploración será de seis (6) años prorrogables por otros seis (6) años más. El periodo exploratorio se divide en las siguientes fases:
 - Fase 0. Identificación de grupos étnicos en el área de exploración, en caso de existir debe realizar los trámites de consultas previas; de igual manera deberá, de manera paralela realizar actividades de planeación, localización de trabajos, socialización, trámite de licencias y procesos previos de la contratación de bienes y servicios. La duración de esta fase es de seis (6) meses prorrogables en caso de presentarse dificultades con la consulta previa.
 - Fase 1 y Fase 2. Actividades Exploratorias. El contratista ejecuta todas las actividades del programa exploratorio presentado a la ANH.

¹⁷⁶ Programa de Regionalización, sector hidrocarburos. Tomado de <http://www.anh.gov.co/porta regionalizacion/Paginas/Los-contratos.aspx>

- ✓ **Período de Producción.** Si el contratista tiene un resultado exitoso en su etapa de exploración, presenta a la ANH una declaración de comercialidad en donde manifiesta su intención de explotar ese descubrimiento. A partir de esta fecha se empieza a contar el plazo de explotación el cual es de veinticuatro (24) años prorrogable por periodos sucesivos de diez (10) años.

De acuerdo con el Acuerdo 04 de 2012 la exclusividad otorgada en este tipo de contratos se circunscribe al tipo de yacimiento objeto del contrato, por lo que no impide a la Entidad desarrollar directamente labores destinadas a obtener información técnica adicional en el área, ó la asignación a otro interesado, cuando las condiciones de capacidad no permitan al contratista extender sus actividades a yacimientos de otro tipo.

2.2.2 Contratos de Evaluación técnica - TEA

El Contrato de Evaluación técnica o TEA tiene por objetivo evaluar el potencial hidrocarburífero de un área para así poder celebrar un contrato E&P.

Se caracteriza principalmente por que el Evaluador realiza todas las actividades a su costo y riesgo, bajo el entendido que cuenta con el derecho de prelación¹⁷⁷ para la exploración y explotación del campo.

El plazo de duración del contrato es de treinta y seis (36) meses, periodo en el cual deberá realizar actividades de exploración superficial consistente en actividades sísmicas, de perforación de pozos estratigráficos o cualquier otra actividad geológica que se encuentre prevista dentro de su programa de trabajo.

Algunas características relevantes de este contrato son las siguientes:

- ✓ **Objeto del Contrato (Cláusula 2 numeral 2.1):** Por medio de los contratos TEA se otorga al contratista seleccionado el cual se denomina ‘El Evaluador’ ‘el derecho exclusivo a realizar operaciones de evaluación técnica a su costo y riesgo tendientes a

¹⁷⁷ El derecho de prelación de acuerdo con lo definido en la minuta del Contrato consiste en el derecho que tiene de manera exclusiva el evaluador, durante la vigencia del contrato y 2 meses mas para suscribir contratos de exploracion y exploracion sobre el área que fue objeto de evaluación técnica.

evaluar el potencial hidrocarburífero con el propósito de identificar las zonas de mayor interés prospectivo en el Área de Evaluación Técnica, mediante la ejecución del programa de evaluación técnica'.¹⁷⁸ (Agencia Nacional de Hidrocarburos); el alcance al objeto del contrato es referido a la obligatoriedad del Evaluador a realizar todas las operaciones a su exclusivo costo y riesgo.

- ✓ Limitaciones (Cláusula 2 numeral 2.3): El Evaluador en desarrollo de este tipo de contrato no puede realizar operaciones diferentes a las denominadas 'Operaciones de evaluación técnica'¹⁷⁹ por lo tanto no puede desarrollar o producir hidrocarburos o cualquier otro recurso que allí se encuentre.
- ✓ Programa de Evaluación Técnica: Descripción detallada de las operaciones de evaluación técnica pactadas en el contrato que se obliga a cumplir El Evaluador durante el plazo de ejecución del contrato¹⁸⁰.

2.2.3 Contratos Especiales

Esta tipología de contrato fue establecida en el nuevo acuerdo 04 de 2012, disponiendo que son aquellos contratos de exploración y explotación de hidrocarburos con características y estipulaciones particulares en función del desenvolvimiento tecnológico y/o desarrollo del sector; sin especificar con claridad las características de este tipo de contrato.

3. Competencia de la entidad para la expedición de los reglamentos excepcionales

¹⁷⁸ Agencia Nacional de Hidrocarburos. Modelo de contrato de Evaluación Técnica, TEA; fecha de consulta 19/01/2016 consultado en: <http://www.anh.gov.co/Asignacion-de-areas/Contratacion-EyP-y-TEAS/Contratacion/Minuta%20TEA%20PDF.pdf>.

¹⁷⁹ Las operaciones de evaluación técnica son 'todos aquellos estudios, trabajos y obras que El Evaluador ejecuta en el área de evaluación técnica para evaluar su potencial hidrocarburífero e identificar las zonas de mayor interés prospectivo, los cuales incluyen pero no se limitan a, métodos geofísicos, geoquímicos, geológicos, cartográficos, fotogeológicos y en general, las actividades de prospección superficial, perforación con taladro o equipo asimilable siempre que se trate exclusivamente de pozos de investigación estratigráfica cuyo único propósito sea la obtención de información geológica acerca de la estratigrafía del área de evaluación técnica'. Modelo Contrato TEA, Clausula 1- Definiciones, numeral 1.6; tomado de: <http://www.anh.gov.co/Asignacion-de-areas/Contratacion-EyP-y-TEAS/Contratacion/Minuta%20TEA%20PDF.pdf>; fecha de consulta 19/01/2016

¹⁸⁰ Regulada de acuerdo al modelo del contrato TEA en la cláusula 5 'Programa de evaluación técnica'

Otra obligación de gran relevancia para la entidad y el sustento principal de este trabajo investigativo consiste en la facultad otorgada a la Agencia nacional de Hidrocarburos para que expida sus propios reglamentos de contratación siempre que estos se ajusten a los requerimientos expuestos en el artículo 76 de la Ley 80 de 1993, sobre el reglamento de asignación de áreas el cual está dirigido de manera exclusiva para la exploración y explotación de los recursos naturales no existe ningún reparo pues a simple vista se puede determinar que cumple con los requisitos establecidos en el referido artículo; pero el reglamento de contratación misional, como lo denomina el Acuerdo 01 de 2009, el cual regula las actividades conexas a las funciones de asignación de áreas y se basa en su mayoría en actividades de orden administrativo merece un análisis más profundo y así determinar si existió una extralimitación de las funciones otorgadas a la entidad.

El Consejo Directivo de la Agencia Nacional de Hidrocarburos expidió el Acuerdo 01 de fecha 19 de febrero de 2009 por medio del cual se adopta el Manual de Contratación Misional. Dicho Acuerdo, en su numeral 1 denominado objeto Subnumeral 1.1., establece: 'En desarrollo de lo previsto en los artículos 76 de la Ley 80 de 1993 y 4 del Decreto 1760 de 2003, el presente reglamento regirá la actividad contractual de la ANH necesaria para el cumplimiento de su objetivo misional de administración integral de las reservas de hidrocarburos de propiedad de la Nación, en particular los requeridos para la evaluación, preparación, promoción y administración de áreas; con excepción de los contratos para la asignación de áreas para el desarrollo de actividades de exploración y explotación, a los que se aplicará el reglamento especial previsto para el efecto'.

De conformidad con lo establecido en el artículo 76 de la Ley 80 de 1993, para que las entidades estatales puedan contar con un régimen excepcional de contratación deben darse cualquiera de las siguientes condiciones:

- ✓ Que se trate de contratos de exploración y explotación de recursos naturales renovables y no renovables.
- ✓ Que se trate de la comercialización de los recursos naturales renovables o no renovables.
- ✓ Que se trate de entidades públicas que ejerzan actividades comerciales e industriales y que conozcan sobre la exploración y explotación de recursos renovables y no renovables.

- i) Contratos de exploración y explotación de recursos renovables y no renovables

Como primer requisito para la expedición de un régimen excepcional de contratación, según lo dispone el artículo 76 de la Ley 80 de 1993, debe tratarse de la celebración y ejecución de los contratos de exploración y explotación de recursos naturales renovables y no renovables, que, para el caso que nos ocupa, son los hidrocarburos.

El contrato de exploración y explotación de hidrocarburos tiende a definir la relación entre el Estado y el operador del campo, considerando dentro de sus variables: 1. La división de la renta petrolera, 2. La división del riesgo exploratorio, 3. La división del riesgo, producción y precios, 4. Cuidado técnico del campo. Generalmente este tipo de contratos contiene el detalle de derechos, deberes y obligaciones entre el estado y los operadores del campo y su celebración tiende a efectuarse a través de alguna representación pública (Medinaceli, 2010)¹⁸¹, que para el caso colombiano, es competencia de la Agencia Nacional de Hidrocarburos.

Un contrato de exploración y explotación de hidrocarburos, debe ser un reflejo de las políticas económicas para la inversión extranjera establecidas por el país, por lo que su sometimiento a reglas especiales es de vital importancia, en cuanto a que se garantiza de esta manera que dichos contratos se desarrollen en condiciones acordes con el interés nacional; los procesos de selección que se estructuran en el Estatuto General de la Contratación Pública no se ajustan integralmente a las condiciones expuestas para la explotación de hidrocarburos, (Consejo de Estado, 2005)¹⁸², pues ha de pensarse en normas de comercio internacional, en cuanto a que la mayoría de operadores de campos no son nacionales colombianos, por lo que debe hacerse atractivo el negocio para el inversionista extranjero.

La Agencia Nacional de Hidrocarburos, mediante Acuerdo 08 de 2009, modificado por el acuerdo 04 de 2012, adopta criterios para contratar la exploración y explotación de hidrocarburos propiedad de la Nación; de igual forma, fija reglas para la selección objetiva de contratistas y la adjudicación, celebración, gestión, seguimiento, control y vigilancia de los respectivos contratos; en este orden de ideas, es claro que la mencionada entidad cuenta con

¹⁸¹ Medinaceli, Mauricio. Contratos de exploración y explotación de hidrocarburos, América latina – 2010, OLADE, Organización Latinoamericana de Energía,

¹⁸² Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Radicado No. 1667, 8 de septiembre de 2005, Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo.

el régimen excepcional adoptado en razón a la primera condición estipulada en el artículo 76 de la Ley 80 de 1993.

El Acuerdo 04 de 2012, en su artículo 2 define la etapa de planeación en la contratación de exploración y explotación de hidrocarburos, entendiéndola como las actividades desarrolladas entre la realización de los estudios previos hasta la proyección del procedimiento de selección, implica la realización de actuaciones preliminares a la celebración de estos contratos como: los estudios, determinación, clasificación y publicaciones periódicas del inventario de Áreas Continentales y Costa Afuera sean éstas Disponibles, Asignadas o Reservadas; sus características y coordenadas; la verificación de sus condiciones generales en materia social y medioambiental, las de examen, evaluación y determinación de los proyectos de exploración y explotación por emprender y de los Contratos por celebrar; las de promoción y regulación particular de tales proyectos; las de determinación de textos preliminares de reglas, términos de referencia; las de publicación de los mismos; las de formulación de observaciones y consultas sobre su texto, y las respuestas de la ANH; en este sentido es posible concluir que la celebración de los contratos de exploración y explotación no deben mirarse de manera aislada sino que deben ser el resultado de una serie de actividades que son intrínsecas a estos contratos.

Nos parece que cabe la pregunta de si en caso de que estas actividades, aparte de ser propias para el cumplimiento de funciones de la Agencia Nacional de Hidrocarburos establecidas en el Decreto 4137 de 2011, son previas y especiales para la determinación de los estudios necesarios para la celebración de los contratos de exploración y explotación de hidrocarburos, pueden regirse por régimen excepcional? En respuesta, el autor considera que es posible que corran con la misma suerte y se sujeten a las reglas excepcionales establecidas para el efecto, sin desconocer los principios de transparencia, economía, responsabilidad y selección objetiva contenidos en el Estatuto General de la Contratación Pública; es decir, que en este tipo de actividades que encuentran estrecha relación con los contratos de exploración y explotación de hidrocarburos es posible que la Entidad haga uso de la autonomía administrativa que la Ley le ha atribuido, a través del artículo 76 de la Ley 80 de 1993, para el cabal desempeño de las funciones que le han sido encomendadas (C 949, 2001)¹⁸³

Pero, analizando el acuerdo 01 de 2009, en su numeral 1.1 objeto, establece que éste se expide para regir la actividad contractual de la ANH necesaria para el cumplimiento de su

¹⁸³ Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-949/2001, 5 de septiembre de 2001, Magistrada Ponente: Dra. Clara Inés Vargas Hernández.

objetivo misional de administrar de manera integral las reservas de hidrocarburos de propiedad de la Nación, exceptuando a su vez los contratos para la asignación de áreas para el desarrollo de actividades de exploración y explotación; lo que indica, a nuestro juicio, que el mismo acto administrativo acepta que no va a entrar a regular actividades para la exploración y explotación de recursos naturales condición expresa del artículo 76 de la Ley 80 de 1993.

En consecuencia, se puede afirmar que las actividades conexas desarrolladas en las etapas de planeación y seguimiento de los contratos de exploración y explotación de hidrocarburo, no están expresamente contempladas dentro del Acuerdo 01 de 2009, pues este busca abarcar más actividades de las autorizadas por la Ley 80 en su artículo 76; por lo tanto, para aplicar un régimen excepcional a estas actividades sería jurídicamente necesario la expedición de un acto administrativo que modifique ampliamente el Acuerdo 01 de 2009 y se someta única y exclusivamente a las actividades conexas.

Finalmente, y en consideración de este autor, no existe una necesidad manifiesta para aplicar un régimen excepcional de contratación a actividades que, pese a que sean de un objeto con características técnicas especiales, no son contrataciones que no puedan surtirse por medio de los procedimientos establecidos en el Estatuto General de la Contratación Pública, más aún cuando el actual régimen ha estado ajustándose a parámetros internacionales a través de procedimientos más ágiles y garantistas. Además, la autonomía administrativa dada a las entidades públicas en virtud del artículo 76 de la Ley 80 de 1993, busca, aparte del cumplimiento de la gestión administrativa, contar con prerrogativas que le permitan competir en el mercado; en este caso, la ANH, a diferencia de aquellas entidades públicas dedicadas a las actividades de exploración y explotación de hidrocarburos propiamente dichas, como por ejemplo ECOPETROL, no desarrolla sus actividades en competencia con el mercado. Adicionalmente, la administración de las áreas es solo una de las funciones otorgadas a la ANH y por lo tanto no es saludable para la administración someter toda la contratación a un régimen excepcional, el cual, como se analizó en el capítulo precedente no ha observado plenamente las reglas establecidas a los principios propios de la contratación estatal.

ii) Para la comercialización de los hidrocarburos

El artículo 76 de la Ley 80 de 1993 también contempla la comercialización de los productos renovables o no renovables que, para el caso materia de estudio, son los hidrocarburos.

El Decreto 1760 de 2003, en su artículo 34 establece como objetivo de la antes denominada Empresa Colombiana de Petróleos (- ECOPETROL la distribución de hidrocarburos, derivados y productos a nivel nacional y en el exterior; por tanto, en Colombia la comercialización del petróleo se efectúa en modalidad externa e interna.

Externamente existen dos modalidades de exportación del petróleo crudo: el que realiza directamente ECOPETROL y el que hacen las compañías privadas. ECOPETROL exporta, aparte del petróleo crudo, diversos productos derivados del petróleo.

Internamente, ECOPETROL vende a los distribuidores mayoristas los combustibles para cubrir la demanda nacional, quienes a su vez negocian con minoristas que finalmente llevan el producto al consumidor final. (ECOPETROL)¹⁸⁴

La Agencia Nacional de Hidrocarburos no tiene dentro de sus objetivos, ni dentro de sus funciones, la facultad de comercialización de los hidrocarburos o sus derivados, entendiendo que esta facultad ha sido expresamente asignada a ECOPETROL; por tal razón no es posible acogerse a la segunda excepción establecida en la Ley 80 de 1993 en su artículo 76 para la expedición de un régimen excepcional.

iii) Entidades que realicen Actividades comerciales e industriales

Para acogerse a la excepción contenida en el artículo 76 de la Ley 80 de 1993, la Agencia Nacional de Hidrocarburos tendría que gozar de dos facultades especiales: 1. La facultad para realizar actividades industriales y comerciales y 2. La competencia para efectuar actividades de exploración y explotación de Hidrocarburos.

Teniendo en cuenta que la ANH al momento de expedir el Acuerdo 01 de 2009 contaba con la naturaleza jurídica de una “Unidad Administrativa Especial” según lo dispuesto en el artículo 2° del Decreto 1760 de Junio 26 de 2003¹⁸⁵, no cuenta con facultades

¹⁸⁴ ECOPETROL, El Petróleo y su mundo, tomado de la página web: <http://www.ecopetrol.com.co/especiales/elpetroleoysumundo/petroleoencolombia3.htm> consultado 13/11/2015

¹⁸⁵ El Decreto 1760 de 2003 en su artículo 2 dispone: ‘Créese la Unidad Administrativa especial denominada Agencia Nacional de Hidrocarburos, ANH, entidad adscrita al Ministerio de Minas y Energía, con Personería Jurídica, patrimonio propio, autonomía administrativa y Financiera, sometida al régimen jurídico contenido en

para desarrollar actividades de orden industrial y comercial. En virtud de lo dispuesto por el artículo 85 de la Ley 489 de 1998, estas actividades están asignadas a las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades entre entidades públicas y, según el artículo 97 de la misma Ley también a las sociedades de economía mixta ;por el contrario, las unidades administrativas especiales, por disposición del artículo 82 de la Ley 489 de 1998, ‘son entidades públicas, con personería jurídica y, por lo tanto, con autonomía administrativa y patrimonial, que tienen a su cargo cumplir o ejecutar programas propios de los Ministerios o de los Departamentos Administrativos, las cuales se sujetan al régimen jurídico contenido en la Ley que las crea y, en lo no previsto por ella, al de los establecimientos públicos. () En consecuencia como atrás se indicó la misión, objetivos, finalidad, funciones y estructura de cada unidad administrativa especial se sujeta, en cada caso, a la Ley que la crea, la cual define el alcance y contenido de las funciones para efectos de su ejercicio según el programa por ejecutar’ ¹⁸⁶ (Ibañez Najar, 2007)

De igual manera, el espíritu del legislador que pretendió dejar plasmado en el artículo 76 de la Ley 80 de 1993, es una respuesta a objeciones presidenciales, de tal manera que la interpretación de la norma debe efectuarse de conformidad con el trámite de la ley en el Congreso;

‘.. el Gobierno llamó la atención al legislador sobre la importancia de sustraer del régimen general previsto en el proyecto de ley, los contratos relacionados con la actividad comercial y con las demás actividades propias de ECOPETROL, como empresa industrial y comercial, en los siguientes términos: “ (...) El objeto de la actividad de dichas entidades, así como el hecho de que actúan en competencia con los particulares, determina la necesidad de dotarlas de mayor flexibilidad y autonomía en el campo de la gestión contractual frente a los otros entes estatales, con el propósito de facilitar la cabal realización de sus objetivos, dentro de un marco de acción que no implique desventaja en términos de eficiencia, competencia y agilidad, frente a las condiciones en que los particulares cumplen o desarrollan actividades similares. De igual manera no es conveniente someter a las reglas del estatuto los contratos que celebren las empresas y las sociedades y cuyo objeto sea prestar los servicios o

el presente decreto y, en lo no previsto en él, al de los establecimientos públicos, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 489 de 1998 y en las normas que los sustituyan, modifiquen o adicionen.’

¹⁸⁶ Ibañez, Jorge; Estudios de Derecho Constitucional y Administrativo, Editorial LEGIS, segunda Edición, Enero 2007

suministrar los bienes que correspondan al desarrollo de su actividad industrial y comercial'¹⁸⁷ (Consejo de Estado, 2005)

En este orden de ideas es claro que la Agencia Nacional de Hidrocarburos, por su naturaleza jurídica y las actividades que desarrolla no se encuentra dentro de aquellas entidades que actúa en competencia con los particulares, por lo que no preciso contar con una flexibilidad y autonomía tal que difiera de los otros entes estatales; por lo tanto, en nuestro sentir, los contratos que celebre no deben evadir el procedimiento establecido en el estatuto de contratación Pública (Ley 80 de 1993 y Ley 1150 de 2007).

‘Los procedimientos que se adopten por las entidades estatales competentes, en los términos del artículo 76 de la ley 80, deben desarrollar, como lo afirma la Corte Constitucional en la sentencia C-949 de 2001, el deber de selección objetiva y los principios consignados en la Ley 80 de 1993 con el fin que le permita contar con mecanismos adecuados para competir en el mercado en igualdad de oportunidades frente a los demás agentes económicos, se insiste, dando cumplimiento a los principios sin sacrificar su eficiencia’¹⁸⁸ (Consejo de Estado, 2005)

Por otra parte, y como segunda condición para contar con un régimen excepcional de contratación, la Agencia Nacional de Hidrocarburos tendría que desarrollar actividades de exploración y explotación de hidrocarburos o las demás actividades enunciadas en el artículo 76 de la Ley 80, las cuales, de acuerdo con lo expuesto anteriormente, la ANH no tiene posibilidad de cumplir.

‘No ve la Corte como pueda prosperar el cargo relativo a la supuesta inconstitucionalidad del artículo 76 de la Ley 80 de 1993, por violación a la unidad del Estatuto Contractual cuando está claramente establecido que el propósito del constituyente al autorizar la expedición de un estatuto general de contratación estatal en los términos del inciso final del artículo 150 de la Carta, no acarreaba el deber para el legislador de adoptar un solo cuerpo normativo que condensara en forma exclusiva toda la legislación existente en este campo.

Tampoco se encuentra reparo alguno de constitucionalidad a la facultad de las entidades dedicadas a desarrollar la exploración y explotación de recursos naturales y demás

¹⁸⁷ Consejo de Estado, Sala de consulta y Servicio Civil, 8 de Septiembre de 2005, Radicación 11-001-03-06-000-2005-01667-00 (1667). Consejero ponente: José Arboleda Perdomo

¹⁸⁸ Consejo de Estado, Sala de consulta y Servicio Civil, 8 de Septiembre de 2005, Radicación 11-001-03-06-000-2005-01667-00 (1667). Consejero ponente: José Arboleda Perdomo

actividades enunciadas en la norma bajo análisis, de determinar en sus reglamentos internos el procedimiento de selección de los contratistas, las cláusulas excepcionales, las cuantías y los trámites que deben sujetar la celebración de los contratos correspondientes, puesto que simplemente se trata de desarrollar el deber de selección objetiva replicando en dichos reglamentos los principios de transparencia, economía y responsabilidad que están consagrados en la Ley 80 de 1993, determinación que además es congruente con la autonomía administrativa que la ley les atribuye para el cabal desempeño de la gestión que les ha sido encomendada por la ley.’ ¹⁸⁹ (C 949, 2001)

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 4 del Decreto 1760 de 2003 el objetivo de la Agencia Nacional de Hidrocarburos, ANH, es la administración de reservas de hidrocarburos de propiedad de la Nación y, a su vez, el artículo 5 dispone en sus numerales 5.1 y 5.3 las siguientes funciones de la entidad:

‘5.1 Administrar las áreas hidrocarburíferas de la Nación y asignarlas para su exploración y explotación.

5.3 Diseñar, promover, negociar, celebrar, hacer seguimiento, y administrar los nuevos contratos de exploración y explotación de hidrocarburos de propiedad de la Nación, en los términos del artículo 76 de la Ley 80 de 1993 y las normas que la sustituyan, modifiquen o adicionen.’

Estas disposiciones indican claramente que se faculta a la Agencia Nacional de Hidrocarburos a la aplicación del régimen excepcional exclusivamente a lo comprendido en la administración de los nuevos contratos de exploración y explotación; por lo que la materia objeto del Acuerdo 01 de 2009 excede la atribución otorgada por el Decreto 1760 de 2003.

Con la expedición del Decreto 1760 de 2003, se dispuso que la Agencia Nacional de Hidrocarburos iba a ser la entidad encargada de la Administración de las áreas hidrocarburíferas y su asignación para efectos de que empresas especializadas se encarguen de la exploración y explotación del recurso; a su vez el mismo Decreto 1760, asigna en una competencia separada la facultad de explorar y explotar el recurso hidrocarburífero a ECOPETROL con el fin de que esta última empresa se concentre exclusivamente en la operación empresarial y así dejar las funciones públicas de administración del recurso a una agencia especializada ¹⁹⁰ (C 511, 2004).

¹⁸⁹ Corte Constitucional, sentencia C-949 de 2001, Magistrada Ponente: Clara Inés Vargas Hernández

¹⁹⁰ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-511 del 25 de mayo de 2004, Expediente No. D-4934. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil

Es claro entonces que la ANH tiene funciones públicas que no la llevan a competir en el mercado, relacionadas con la administración de los contratos de exploración y explotación más no con el desarrollo de las actividades de exploración, explotación y comercialización de hidrocarburos propiamente dichas..

Si bien el artículo 5, numeral 5.3, del Decreto 1760 faculta a la ANH a administrar los contratos de exploración y explotación en los términos del artículo 76 de la Ley 80 de 1993, esta remisión debe interpretarse en consonancia con lo establecido en dicho artículo 76 para limitarlo única y exclusivamente a la administración de los contratos de exploración y explotación; por lo que las actividades diferentes deben regirse por el estatuto de contratación administrativa (Ley 80 de 1993 y Ley 1150 de 2007).

El numeral 1 del Acuerdo, denominado objeto, Subnumeral 1.1. establece ‘En desarrollo de lo previsto en los artículos 76 de la Ley 80 de 1993 y 4 del Decreto 1760 de 2003, el presente reglamento regirá la actividad contractual de la ANH necesaria para el cumplimiento de su objetivo misional de administración integral de las reservas de hidrocarburos de propiedad de la Nación, en particular los requeridos para la evaluación, preparación, promoción y administración de áreas; con excepción de los contratos para la asignación de áreas para el desarrollo de actividades de exploración y explotación, a los que se aplicará el reglamento especial previsto para el efecto’. Tal disposición es contraria abiertamente a lo dispuesto en el artículo 76 de la Ley 80 de 1993 y en el artículo 5 del Decreto 1760 de 2003 en cuanto a que la contratación para el cumplimiento de la administración integral de reservas de hidrocarburos de propiedad de la Nación, así como la evaluación, preparación, promoción y administración de áreas, deben someterse a las disposiciones contenidas en el estatuto general de contratación pública (Ley 80 de 1993 y Ley 1150 de 2007) por ser actividades no contenidas dentro de la excepción legal contenida en el artículo 76 de la Ley 80 de 1993.

CONCLUSIONES

El principal objetivo de la Ley 80 de 1993 era unificar los contratos de la Administración en un solo régimen jurídico denominado Contrato Estatal. La consecuencia de dicha unificación es la imposición del Estatuto de la Contratación Pública como regla general aplicable a toda la contratación de las

entidades del Estado. La excepción a esta regla general debe tener origen en una disposición constitucional o legal.

Por disposición legal las entidades dedicadas a desarrollar actividades para la exploración y explotación de recursos naturales renovables y no renovables, se encuentran facultadas para establecer reglamentos internos en donde determinen los procesos de selección de los contratistas, las cláusulas excepcionales, las cuantías y los trámites que deben sujetar la celebración de los contratos correspondientes, replicando en los mencionados reglamentos los principios de transparencia, economía y responsabilidad consagrados en la Ley 80 de 1993, determinación que es congruente con la autonomía administrativa que la ley les atribuye para el cabal desempeño de la gestión que ha sido encomendada por la Ley.¹⁹¹ (C 949, 2001).

La Agencia Nacional de Hidrocarburos cuyo principal objetivo es ‘la administración integral de las reservas y de los recursos hidrocarburíferos de propiedad de la Nación; promover el aprovechamiento óptimo y sostenible de los recursos hidrocarburíferos y contribuir a la seguridad energética nacional’; para el desarrollo de las actividades de exploración y explotación de recursos naturales, debe aplicar en sus reglamentos internos los principios de transparencia, economía y responsabilidad y replicar el deber de selección objetiva de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 76 de la Ley 80 de 1993, y aquellos establecidos para la función administrativa y de la Gestión Fiscal contenidos en los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente, en cumplimiento de lo contenido en el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007.

De la lectura del artículo 76 de la Ley 80 de 1993 se puede determinar que gozarán de un reglamento interno especial los procedimientos de selección para la suscripción de contratos de exploración y explotación de hidrocarburos, así como las actividades que se celebren para el desarrollo de actividades comerciales e industriales propias de las entidades estatales a las que correspondan las competencias para estos asuntos, consultando el espíritu

¹⁹¹ Corte Constitucional, Sentencia C-949, Magistrada Ponente: Clara Inés Vargas Hernández, Bogotá, 5 de Septiembre de 2001, Referencia: Expediente D-3277.

del legislador, esta disposición tiene por finalidad dotar a las entidades encargadas de este tipo de actividades de mayor flexibilidad y autonomía en el campo de la gestión contractual para ‘facilitar la cabal realización de sus objetivos dentro de un marco de acción que no implique desventaja frente a las condiciones en que los particulares cumplen o desarrollan actividades similares’¹⁹², es decir, dotar a las entidades que desarrollan este tipo de actividades de herramientas que le permitan la competencia con los particulares.

Los procesos de selección en materia de exploración y explotación de hidrocarburos están fundamentados conforme a la división de las actividades propias de la industria petrolera, para lo cual se determina en qué sector específico se encuentra cada uno de los actores estatales. Es así como la Agencia Nacional de Hidrocarburos, por disposición de su decreto de creación, solo puede desarrollar sus procesos enfocándose a la etapa “upstream”, pero limitado solo a la Asignación de Áreas y actividades conexas.

El Consejo Directivo de la Agencia Nacional de Hidrocarburos, en desarrollo de lo previsto por el artículo 76 de la Ley 80 de 1993, aprobó el Acuerdo 04 de 2012 con el propósito de reglamentar la asignación de áreas para los contratos de exploración y explotación de hidrocarburos, contemplando procedimientos como contratación directa, contratación por proceso competitivo, solicitud de ofertas, nominación abierta y cerrada de áreas; de igual manera expidió el reglamento de contratación misional (Acuerdo 01 de 2009) el cual tiene por objeto regular la actividad contractual requerida para la evaluación, preparación, promoción y administración de áreas.

En la investigación adelantada se da respuesta a los problemas general y específicos de la siguiente manera:

Para el problema general ¿es posible aplicar en los procedimientos de selección consagrados en los reglamentos especiales y en los contratos surgidos con ocasión a los mismos, los principios fundantes del ordenamiento legal y orientadores de la actuación administrativa, considerando que las relaciones surgidas son preponderantemente de derecho privado? La respuesta es que sin importar el orden jurídico a las relaciones surgidas de la suscripción del contrato, debe aplicarse a los procesos, procedimientos y contratos surgidos con ocasión de la aplicación del régimen excepcional todos los principios relacionados con la contratación estatal, los cuales se refieren a los establecidos en el estatuto general de la contratación pública, los de la función administrativa y de la gestión fiscal, así como los principios integradores de la Contratación estatal, esta afirmación se fundamenta en:

¹⁹² Gaceta del Congreso 296 de 1993

- Son aplicables los principios de transparencia, economía, responsabilidad y el deber de selección objetiva propios de la contratación estatal por disposición expresa del artículo 76 de la Ley 80 de 1993
- Son aplicables los principios de la función administrativa, consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política, en los reglamentos de contratación excepcionales por disposición expresa del artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, adicionalmente deben estar presentes en todos los actos surgidos con ocasión a estos reglamentos en razón a que se refieren a actividades administrativas de una Entidad del Estado la cual debe enmarcar todas sus actuaciones en los parámetros establecidos por la administración pública.
- Los principios de la Gestión Fiscal son igualmente aplicables en virtud de lo establecido por el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 y de igual manera porque los actos surgidos en aplicación del reglamento excepcional implican la administración, manejo de recursos públicos y de bienes de la nación, adicionalmente la aplicación de estos principios permite fijar un contrapeso en las relaciones contractuales y a su vez ejercer un control posterior en la ejecución de los contratos.
- En lo reglamentos excepcionales deben aplicarse los principios integradores del régimen jurídico de los contratos estatales en razón a que los contratos surgidos en aplicación de dicho régimen cuenta con las características de bilaterales, sinalagmáticos o de prestaciones recíprocas.

De las anteriores afirmaciones se demostró la Hipótesis General planteada ‘Los reglamentos de contratación especial, expedidos por la Agencia Nacional de Hidrocarburos, deben observar tanto los principios propios del estatuto general de la contratación pública, así como aquellos principios de la función administrativa con el fin de alcanzar la eficacia, eficiencia y efectividad en las actividades por ellos reguladas para obtener estándares de calidad óptimos que generen confianza al inversionista y a los particulares intervinientes en las actividades petroleras del país’ y se cumple a la vez con el primer y segundo objetivo específico planteado.

Ahora bien, en respuesta al primer problema específico ¿los procedimientos establecidos en los reglamentos de contratación especial, propios de la Agencia Nacional de Hidrocarburos, observan los parámetros establecidos por los principios de transparencia, economía, responsabilidad y el deber de selección objetiva y a su vez si la aplicación de dichos procedimientos cumple con los parámetros legales exigidos por cada uno de estos principios? La solución de este interrogante es No, la Agencia Nacional de Hidrocarburos no

ha cumplido en su totalidad con los requisitos propios de los principios de transparencia, economía y responsabilidad y el deber de selección objetiva, pues ha dejado de lado condiciones y requisitos en la consagración y posterior aplicación de los reglamentos excepcionales, la anterior afirmación se sustenta en:

i) La selección objetiva es un deber de toda actividad contractual, un principio que tiene como finalidad orientar los procesos de selección y el resultado esperado de su aplicación es la escogencia de la oferta más favorable para la entidad; en relación con el cumplimiento de este principio en los dos reglamento excepcionales objeto de investigación y analizando los requisitos habilitantes y calificables exigidos, se concluye:

- En relación con la capacidad jurídica exigida para la participación en los procesos de selección reglados en el Reglamento de Asignación de áreas (Acuerdo 04 de 2012) se observan dos aspectos: a) El artículo 14 del reglamento omite por completo la posibilidad de presentar propuesta por parte de una persona natural y limita la participación de los proponentes a quienes cuenten con un tipo de composición societaria específica ‘las personas jurídicas nacionales y extranjeras consideradas legalmente capaces por el ordenamiento superior y cuyo capital esté representado en acciones o cuotas o partes de interés nominativas’; y b) En el mismo artículo numeral 1) dispone que el objeto social que pueden acreditar dichas empresas son el desarrollo de actividades de exploración y explotación de hidrocarburos o cualquier tipo de actividad complementarias a las anteriores. Estos dos aspectos son falencias en la aplicación de la selección objetiva en razón a que el primero limita la participación de personas jurídicas diferentes a las indicadas o con una composición societaria que no responda a la definida en el reglamento, de igual manera no permite la participación de personas naturales sea de manera individual o conjunta; y el segundo al permitir la participación de empresas con objetos sociales que involucren cualquier actividad atenta contra la integralidad del proyecto, en razón a que existen diversas actividades relacionadas con la exploración y explotación de hidrocarburos (como las actividades de sísmica, los estudios geoquímicos, prestación de servicios técnicos, entre otras) las cuales no llevan por si solas la exploración y explotación integral de un área, lo que implica que el acuerdo permite a quienes no sean jurídicamente capaces para ejecutar el proyecto, porque su objeto social no se lo permite, que lo ejecute.

- En relación con los requisitos exigidos para acreditar la capacidad financiera se observa que el Reglamento de Contratación Misiona (Acuerdo 04 de 2012) en su artículo 16 dispone que el proponente debe acreditar que cuenta con la capacidad económico y financiera para poder atender los proyectos y compromisos a su cargo así como para asumir las obligaciones derivadas de los contratos, pero no indica criterios mínimos de acreditación, lo que nos condujo a verificar en la práctica como está siendo aplicado este criterio consultando la Ronda Colombia 2014, primer proceso selectivo realizado bajo la observancia del acuerdo 04 de 2012, en los términos de referencia de este proceso se estableció que la capacidad financiera varía en función del tipo de área y de yacimiento objeto de asignación y está determinada conforme al patrimonio neto residual, la capacidad de endeudamiento y la cobertura del servicio de la deuda; se estableció entonces como capacidad exigida unos valores límites expresados en dólares para cada tipo de área que deben ser acreditados por el proponente, valores que están directamente relacionados con el valor probable de la inversión; pero si se observan los estudios previos empleados dentro de este proceso no es posible determinar de dónde se obtienen estos valores probables, por lo que se concluye que son valores que de manera subjetiva estableció la entidad los cuales no cuentan con soporte o estudios previos que permitan determinarlos previamente; esta ausencia de estudios económicos y financieros previos atentan contra el principio de selección objetiva en razón a que se están estableciendo criterios subjetivos para la selección de proponentes y se niega la posibilidad al proponente de conocer los criterios de la entidad para establecer estas exigencias, de lo anterior se infiere que en la práctica no se está cumpliendo a cabalidad con las exigencias propias del deber de selección objetiva, esta debilidad es fácilmente superable para los próximos procesos de asignación de áreas simplemente estableciendo de manera disciplinada en los estudios previos como se obtuvieron los valores considerados como inversión probable.
- Como requisitos habilitantes de orden técnico en la práctica se está incurriendo en un error que atenta contra el deber de selección objetiva, estableciendo en los términos de referencia (como es el caso de la Ronda Colombia 2014) la exigencia de presentación de certificados de gestión de calidad para acreditar la capacidad medio ambiental y en materia de responsabilidad social empresarial; exigencia que es contraria a lo dispuesto en el parágrafo 2 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 el cual dispone que no podrá exigirse dichas certificaciones como requisitos habilitantes ni

como criterios objeto de evaluación, esta exigencia transgrede la libre competencia en cuanto a que limita la participación a determinados proponentes lo que implica que la escogencia de la propuesta más favorable carece de objetividad.

- Los criterios de selección, otro aspecto fundamental para el cumplimiento del deber de selección objetiva, presenta falencias tanto en la consagración en el reglamento como en los términos de referencia consultados. a) En relación con su consagración por parte del acuerdo 04 se observa que el artículo 21 establece como criterios de calificación: - el programa exploratorio adicional ofrecido e inversión propuesta para desarrollarlo, en este caso el proponente ofrece más actividades exploratorias en donde manifiesta las oportunidades y el plazo para desarrollarlas incluyendo el valor de la inversión adicional para sufragar los costos de las actividades adicionalmente ofrecidas; - el porcentaje de producción ofrecido entendido como el porcentaje de la producción neta que los proponentes ofrecen a la ANH como retribución por el otorgamiento del contrato y la asignación del área; - otros beneficios económicos y - retribuciones de otra índole; siendo los dos últimos tópicos bastante ambiguos en su redacción lo que no permite determinar qué tipo de condiciones son objeto de valoración y el reglamento no permite fijar a qué tipo de actividades u ofrecimientos se hace referencia así mismo no se puede colegir como establecerlos dentro de los términos de referencia; esta ambigüedad atenta contra el principio de selección objetiva pues no establece con claridad y precisión los parámetros a utilizar en los procesos selectivos para la calificación de las propuestas. b) En los términos de referencia consultados (Ronda Colombia 2014), se estableció como único factor calificable, la mayor participación porcentual en la producción ofrecida, reduciendo de esta manera a un factor de orden económico la escogencia de la propuesta más favorable, desconociendo así lo contemplado en el numeral 2 de la Ley 1150 de 2007 en donde se establece la obligación de ponderar factores de orden técnicos y económicos; por el tipo de contrato a adjudicar en este proceso es procedente evaluar otros factores diferentes al económico, el cual es muy importante por los beneficios financieros que puede traerle al Estado pero no puede convertirse en el único calificable dejando de lado otros factores que pueden representar ventajas de calidad o rendimiento en la prestación del servicio; cabe recordar que los objetos de los contratos E&P y TEA no son estandarizables sino que por la complejidad en su ejecución requiere de una serie de actividades que pueden afectar la inversión y a su vez repercutir en el ambiente, por lo que el criterio de evaluación no debe enfocarse

sobre quien da más sino en quien utiliza la mejor técnica para una mejor producción con el menor daño, es decir es indispensable que no solo se valore un factor económico sino igualmente se entre a ponderar criterios técnicos.

ii) En desarrollo del principio de transparencia se busca garantizar la objetividad, igualdad y la imparcialidad en los distintos procedimientos adelantados por la administración pública, bajo su aplicación las entidades se obligan a garantizar la libre concurrencia, fijar las bases de participación y establecer procesos de selección que garantice la imparcialidad respecto de los oferentes; en relación de la observancia de este principio tanto en la forma como en la práctica por parte de los acuerdos objeto de estudio se puede concluir:

- En relación con el establecimiento de procesos de selección, el Acuerdo 04 de 2012 ha señalado modalidades de selección que permite la libertad de concurrencia por parte de los interesados las cuales son: el proceso competitivo abierto, el proceso competitivo cerrado y la asignación directa; cada uno de estos procedimientos se encuentran ampliamente reglamentados dentro del mismo acuerdo, de lo anterior se puede concluir que en la forma el Acuerdo 04 ha cumplido con el requisito de establecimiento de procesos para la selección de contratistas.
- Observando las actuaciones surtidas en la Ronda Colombia 2014, se ha observado en debida forma el principio de publicidad en cuanto a que todas las actuaciones del proceso surgido con ocasión del Acuerdo han sido públicas; a diferencia de los procesos surgidos bajo el amparo del Acuerdo 08 de 2004 en donde no se publicaron la mayor parte de las actuaciones realizadas por la entidad.
- El Acuerdo 01 de 2009 consagra como modalidades de selección: la selección de mercado, la invitación cerrada a presentar oferta y la invitación pública, en cada uno de estos procesos se han establecido las etapas de convocatoria, evaluación y selección de contratistas, adicionalmente fija requisitos de procedibilidad de acuerdo al objeto o la cuantía del proceso; en este orden de ideas se puede concluir que el Acuerdo 01 de 2009 cumple en la forma con el principio de transparencia al establecer diversas modalidades de selección junto con su procedimiento.
- Por lo tanto es posible concluir que con relación al cumplimiento del principio de transparencia en la aplicación de los procedimientos excepcionales, su aplicación ha sido formalmente aceptable, aunque en la práctica, es decir en desarrollo de los procesos de selección, se incurran en falencias que pueden ser fácilmente salvables, como la ausencia de requisitos para una ágil procedibilidad o la publicación de la integralidad de actuaciones en el SECOP, es de resaltar que la Agencia Nacional de

Hidrocarburos ha adoptado como política la publicación de todos los documentos surgidos en los procesos de selección.

iii) Ahora bien, en cumplimiento del principio de economía analizado desde los puntos de vista de la realización de estudios previos, análisis de riesgos y planeación propiamente dicho; se concluye:

- El Acuerdo 04 de 2012 establece la obligatoriedad de la realización de estudios previos pero omite la realización de los estudios socioeconómicos y del sector indispensable para determinar condiciones propias de los contratos; los estudios elaborados en desarrollo de los procesos cobijados por este Acuerdo carecen de un análisis de riesgos, no cuentan con una disertación sobre la exigencia de garantía, y así mismo no presenta un análisis de las condiciones del sector económico para la fecha de realización del proceso, todo lo cual son estudios relevantes pues permiten determinar condiciones futuras a la celebración del contrato y de esta manera evitar la realización de futuras modificaciones, reajustes o cambios en las condiciones inicialmente establecidas en los contratos.
- Los estudios previos elaborados en observancia del Acuerdo 01 de 2009 carecen de la determinación de la exigencia de garantía, del análisis socio económico del sector, análisis jurídico sobre el contrato a celebrar y las condiciones que éste debe contener, pese a la elaboración de los estudios previos, que son de suma importancia para la celebración del futuro contrato, no se están incluyendo en estos estudios la totalidad de las condiciones que pueden afectar su futura relación contractual, lo que implica que no existe un cumplimiento adecuado del principio de economía.
- La omisión en la realización de los análisis de riesgos en ambos procesos excepcionales estudiados implica que la entidad desconoce las diferentes contingencias a las que puede estar expuesta la contratación o el desarrollo del proyecto y deja al Estado débil frente a una reclamación que pretenda el restablecimiento del equilibrio económico del contrato.
- La ausencia de actividades propias del deber de planeación conlleva a que se presenten situaciones que impliquen un desgaste adicional para la Administración, como sucede en los casos analizados, en los cuales no se cumplieron con las metas propuestas por el desconocimiento de la situación económica del sector, y de las particularidades de cada una de las áreas a entregar. Por otro lado la ausencia de un análisis previo del contrato puede inducir a la entidad a error y de esa forma a la consecución de procedimientos contrarios a la ley.

- En este orden de ideas es posible concluir que no existe un adecuado cumplimiento del principio de economía en los procesos excepcionales de hidrocarburos.

iv) Por último, en relación con el principio de responsabilidad es posible decir que al existir deficiencias relacionadas con los principios de selección objetiva, transparencia y economía, la conclusión necesaria es que existen fallas en la observancia del principio de responsabilidad, que en sí mismo implica la observancia del ordenamiento jurídico por parte de los servidores públicos y por ende de la Administración ; al establecer que existen fallas en la planeación de los procesos y posterior suscripción de los contratos no se cumple con los fines de la contratación porque se está fallando en la protección de los derechos de terceros que resultan afectados con la ejecución de los proyectos

De las anteriores afirmaciones se queda demostrada la Hipótesis ‘La aplicación de los procedimientos contractuales, consagrados en los reglamentos especiales de la Agencia Nacional de Hidrocarburos, desarrollan medianamente el deber de selección objetiva y no replican en su integridad los principios de transparencia, economía y responsabilidad, por lo tanto, la escogencia de contratistas no está acorde con el interés general y no satisface la necesidad que pretendida por la administración’ y se desvirtúa parcialmente la Hipótesis ‘Los procedimientos establecidos en los reglamentos de contratación especial no responden de manera integral a los postulados de los principios de transparencia economía, responsabilidad y al deber de selección objetiva lo que puede generar un abuso en la aplicación de las normas, y a su vez en el compromiso de recursos económicos sin el lleno de requisitos o sin los estudios suficientes al respecto’ en el sentido que se demostraron incumplimientos parciales en la aplicación y consagración de los principios analizados pero no se logró demostrar abuso por parte de la entidad en la aplicación de las normas.

Por última en respuesta del segundo problema específico ¿La agencia Nacional de Hidrocarburos ha expedido los reglamentos de contratación especial dentro del ámbito de su competencia, o si por el contrario existe una extralimitación en la interpretación de sus funciones otorgándose de por si actividades que por su naturaleza no le son propias? Si, la entidad expidió el reglamento de contratación misional excediendo las facultades otorgadas por el artículo 76 de la Ley 80, en cuanto a que las funciones de la entidad no están relacionadas con la comercialización o actividades conexas que se encuentren en competencia con los privados en cuanto a que la Entidad actúa como agente regulador y supervisor de hidrocarburos. El fundamento de esta afirmación se encuentra en:

- La Agencia Nacional de Hidrocarburos no tiene dentro de sus objetivos, ni dentro de sus funciones, la facultad de comercialización de los hidrocarburos o sus derivados,

entendiendo que esta facultad ha sido expresamente asignada a ECOPETROL, por tal razón no es posible acogerse a la segunda excepción establecida en la Ley 80 de 1993 en su artículo 76 para la expedición de un régimen excepcional.

- La Agencia Nacional de Hidrocarburos, por su naturaleza jurídica y las actividades que desarrolla no se encuentra dentro de aquellas entidades que actúa en competencia con los particulares, por lo que no es preciso contar con una flexibilidad y autonomía tal que difiera de los otros entes estatales; por lo tanto, en nuestro sentir, los contratos que celebre para actividades administrativas no deben evadir el procedimiento establecido en el estatuto de contratación Pública (Ley 80 de 1993 y Ley 1150 de 2007).

Con las anteriores afirmaciones queda demostrada la hipótesis especial ‘La Agencia Nacional de hidrocarburos, expidió un reglamento de contratación especial encaminado a reglamentar las actividades conexas a la exploración y explotación de hidrocarburos, excediendo así la interpretación de sus funciones específicas pues en su decreto de creación no establece que la entidad tenga como actividad la comercialización de estos recursos o cualquier otra actividad industrial o comercial que le sea propia’.

LISTA DE REFERENCIAS

- ACNUR. (2009). *El trabajo del ACNUR con los pueblos indígenas*. Recuperado el 18 de Septiembre de 2015, de Pueblos indígenas en Colombia: <http://www.acnur.org/t3/pueblos-indigenas/pueblos-indigenas-en-colombia/>
- Agencia Nacional de Contratación Pública. (3 de Junio de 2013). *Circular Externa No. 1*. Bogotá D.C.
- Agencia Nacional de Hidrocarburos, Regionalización: <http://www.anh.gov.co/portala regionalizacion/Paginas/Los-contratos.aspx>
- Agencia Nacional de Hidrocarburos - Anh. (s.f.). Ronda colombia 2014., <http://www.rondacolombia2014.com/index.php/2-terminos-de-referencia>
- Agencia Nacional de Hidrocarburos. Acuerdo 08. *Por el cual se adopta el reglamento para la contratación de áreas para el desarrollo de actividades de exploración y explotación de Hidrocarburos*. 3 de mayo de 2004
- Agencia Nacional de Hidrocarburos. (2005). Desarrollo de crudos pesados. *La ANH marco institucional*, (pág. 26). Bogotá D.C.
- Agencia Nacional de Hidrocarburos. Acuerdo 17 del 12 de septiembre de 2007. Bogotá D.C.
- Agencia Nacional de Hidrocarburos. Colombia: Petróleo y Futuro. Bogotá D.C, Febrero de 2009
- Agencia Nacional de Hidrocarburos. *Ronda Colombia 2010*. Terminos de referencia, 9 de Febrero de 2010: <http://www.anh.gov.co/Asignacion-de-areas/Procedimientos-de-Seleccion/Procesos%20Anteriores/Ronda%20Colombia%202010/T%C3%A9rminos%20de%20Referencia%20Definitivos.pdf>
- Agencia Nacional de Hidrocarburos. Ronda Colombia 2010,. Lista de adjudicación Noviembre de 2010: <http://www.anh.gov.co/Asignacion-de-areas/Procedimientos-de-Seleccion/Procesos%20Anteriores/Ronda%20Colombia%202010/Listado%20definitivo%20para%20adjudicaci%C3%B3n%20de%20bloques.%20Agosto%206%20de%202010.pdf>
- Agencia Nacional de Hidrocarburos. Estudio de sustentación técnica y económica: Contratar el Estudio Integrado de Núcleos. Bogotá D.C. 2 de Junio de 2011
- Agencia Nacional de Hidrocarburos. Plan Estratégico 2011-2014 de la ANH. Bogotá D.C.
- Agencia Nacional de Hidrocarburos.. Estrategia Ambiental ANH, 9 de Mayo de 2014: <https://www.anh.gov.co/seguridad-comunidades-y-medio-ambiente/estrategia%20ambiental/paginas/default.aspx>
- Agencia Nacional de Hidrocarburos. Ronda Colombia 2014. Estudios Previos 10 de Febrero de 2014: <http://www.rondacolombia2014.com/index.php/2-terminos-de-referencia/estudios-previos>

- Agencia Nacional de Hidrocarburos. Ronda Colombia 2014. Contratos Suscritos 10 de Septiembre de 2014: <http://www.rondacolombia2014.com/index.php/2-terminos-de-referencia/contratossuscritos>
- Agencia Nacional De Hidrocarburos. La cadena del Sector de Hidrocarburos: <http://www.anh.gov.co/porta regionalizacion/Paginas/LA-CADENA-DEL-SECTOR-HIDROCARBUROS.aspx>
- Agencia Nacional de Hidrocarburos, Acuerdo 04 del 4 de Mayo de 2012. *Por medio del cual se establecen criterios de administración y asignación de áreas para la Exploración y explotación de los hidrocarburos de propiedad de la Nación; se expide el reglamento de contratación correspondiente, y se fijan reglas para la gestión.* Bogotá D.C.
- Agencia Nacional de Hidrocarburos, Acuerdo 01 del 19 de Febrero de 2009. *Por medio del cual se adopta el manual de contratación misional de la Agencia Nacional de Hidrocarburos y se derogan unas disposiciones.*
- Agencia Nacional de Hidrocarburos. *Modelo de contrato de exploracion y produccion E&P*
- Agencia Nacional de Hidrocarburos, Acuerdo 01 del 19 de Febrero de 2009. *Por medio del cual se adopta el manual de contratación misional de la Agencia Nacional de Hidrocarburos y se derogan unas disposiciones.*
- Aponte Díaz, Iriana (2014), Las fallas de planeación y su incidencia el contrato estatal de obra, Revista Digital de derecho Administrativo No. 11, Bogotá, Universidad Externado de Colombia pp. 177-207
- Barrios Giraldo, A. E. (2005). *¿Es atractiva la contratación petrolera para la inversión privada en Colombia?* Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Ciencias Economicas.
- Bazan Navarrete, G. (s.f.). *Energia a debate*. Análisis de riesgos de la industria petrolera: <http://energiaadebate.com/analisis-de-riesgos-en-la-industria-petrolera/>
- Bendeck Olivella, J., Latorre V, J. A., Zalah Zuleta, G., Vidal Perdomo, J., Holguin Holguin, C., Gonzalez Lopez, E., y otros. (1995). *Comentarios Al Nuevo Regimen De La Contratacion Administrativa* (Segunda ed.). Bogotá: Ediciones Rosaristas.
- Bravo, Elizabeth,(2005) Impactos de la explotación petrolera en América Latina, artículo tomado de <https://www.grain.org/article/entries/1031-impactos-de-la-explotacion-petrolera-en-america-latina>
- Castagnino Abásolo, Renzo (2015). *Delapunte Abogados*, Formas Contractuales en la industria de hidrocarburos peruana. <http://www.delapunte.com.pe/admin/recursos/libros/Hidro.pdf>
- Celedon, N. (30 de Noviembre de 2014). Caída del Petroleo Afecta Metas del 2015. Revista Portafolio [portafolio.com](http://www.portafolio.com), <http://www.portafolio.co/economia/caida-del-precio-del-petroleo-afecta-metas-del-2015>

- Chacon, J. (23 de Julio de 2014). La Ronda no cumplió las expectativas. El Espectador.
- Clavijo, G. (9 de Junio de 2011). Avanzada Petrolera llega a la Isla de San Andrés. UN Periodico.
- Coale, M. (2002). Stabilization clauses in international petroleum transactions. Denver journal of international law and policy.
- Congreso De La Republica. (1993). Gaceta No. 296. Bogotá: Secretaria Del Senado.
- Congreso de la República. Ley 1150 del 16 de Julio de 2007. *Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos.* Bogotá D.C.: Diario Oficial No. 46691 del 16 de Julio de 2007.
- Constitución Política de Colombia. (Julio de 1991).
- Consejo de Estado, , Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejera Ponente: María Elena Giraldo Gómez, 7 de abril de 2005, Radicación Numero: 25000-23-25-000-2004-00697-01(AP)
- Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Radicado No. 1667, 8 de septiembre de 2005, Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo.
- Consejo de Estado, Sala de lo contencioso Administrativo, 31 de Mayo de 2002, Consejera Ponente: Dra. Ligia López Díaz, Radicado Número: 25000-23-24-000-1999-9001-01(AP-300)
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejera Ponente: Ruth Stella Palacio, 1 de abril de 2009; Radicación Número: 11001-03-26-000-2009-00024-00(36476)
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejera Ponente: Myriam Guerrero Escobar, 25 de febrero de 2009; Radicación No. 85001-23-31-000-1997-00374-01(15797).
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sub sección A, Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, 26 de Noviembre de 2009; Radicado Número: 52001-23-31-000-2002-01023-02 (0506-08)
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez, 18 de marzo de 2010 Radicación Número: 25000-23-26-000-1995-00972-01(17756).
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Myriam Guerrero Escobar, 4 de Junio de 2008; Numero de Radicación: 76001-23-31-000-1997-05064-01(17783)

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez, 30 de Julio de 2008; Radicación Numero: 70001-23-31-000-1997-06303-01(23003)

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Ruth Stella Correa Palacio, 3 de Diciembre de 2007, Radicado Número: 11001-03-26-000-2003-00014-01

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez, 29 de Agosto de 2007. Radicado: 15324.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia 1995-08670, Radicado 25000-23-26-000-1995-0867-01 (17767); Consejera Ponente: Olga Mélida Valle de la Hoz; 31 de enero de 2011

Consejo de Estado, Sala de lo contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Radicación No. 17001-23-31-000-1997-08034-01(20688), Referencia: Acción de Nulidad y restablecimiento del Derecho (Asuntos Contractuales) Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio, 8 de febrero de 2012

Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 1999-00546, 28 de mayo de 2012, Consejero Ponente: Ruth Stella Correa Palacio.

Consejo de Estado, Sección tercera, Sentencia 1998-00685, 13 de Junio de 2013. Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa

Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia 2012-00762, 20 Octubre de 2014. Consejero Ponente: Luis Rafael Vergara Quintero

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Rad. 05001-23-31-000-1998-00833-01(25642), Consejero Ponente: Enrique Gil Botero, 24 de Julio de 2013.

Contraloría Municipal de Armenia (2008), Gestión Fiscal para el desarrollo social, en página web. Contraloría de Armenia, dirección URL: <http://www.contraloriarmenia.gov.co/files/MANUAL%20DE%20AUDITORIA.pdf>

Corte Constitucional, Sentencia C-06/93, Demanda D-060, Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz, 18 de enero de 1993.

Corte Constitucional, Sentencia C-069 de 1995, Expediente D-699, Magistrado Ponente: Hernando Herrera Vergara, 23 de febrero de 1995C 004, Expediente D-863 (Corte Constitucional 18 de ENERO de 1996).

Corte Constitucional, Sentencia C-004 de 1996, Expediente D-863. Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell. Bogotá: 18 de Enero de 1996.

Corte Constitucional, Sentencia C-221/97, Expediente D-1458, Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero, 29 de abril de 1997

- Corte Constitucional, Sentencia T-731 del 27 de noviembre de 1998, Acción de tutela incoada por Fabio Alberto Ramírez Zuluaga, Personero Municipal de Pensilvania, contra el Ministerio de Transporte, Expediente T-168732, Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo.
- Corte Constitucional, Sentencia C-561 de 1999; Magistrado Ponente: Alfredo Beltrán Sierra, 4 de agosto de 1999, Expediente D-2376.
- Corte Constitucional, Sentencia C-424/94, expedientes Nos. D-540, 548 y 555, Magistrado Ponente: Dr. Fabio Morón Díaz, 29 de septiembre de 1994
- Corte Constitucional, Sentencia C-566 del 17 de mayo de 2000, expediente: D-2657 Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz.
- Corte Constitucional, (2001), Sentencia C-994/2001, Expediente D-3452, Magistrado Ponente: Jaime Araujo Rentería, 19 de septiembre de 2001C 892, D-3404 (Corte Constitucional 22 de Agosto de 2001).
- Corte Constitucional (2001), Sentencia C-949/01, Expediente D-3277, Sala Plena, Magistrada Ponente: Dra. Clara Inés Vargas Hernández, 5 de septiembre de 2001
- Corte Constitucional, Sentencia C-649 de 13 de agosto de 2002, Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 843 del Decreto 624 de 1989 *“por el cual se expide el Estatuto Tributario de los impuestos administrados por la Dirección General de Impuestos Nacionales”*, Expediente: D- 3907, Magistrado Ponente: Eduardo Montealegre Lynett.
- Corte Constitucional, Sentencia C-1176 de 2004, Magistrada Ponente: Clara Inés Vargas Hernández, 24 de Noviembre de 2004, Expediente: D-5214C 511, expediente D-4934 (Corte Constitucional 25 de mayo de 2004).
- Corte Constitucional, Sentencia C-932 de 2007, Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra, Expediente: D-6794, 8 de Noviembre de 2007.
- Corte Constitucional, Sentencia C-259 de 11 de marzo de 2008, Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 3, 6 y 21 (parciales) y los artículos 16 y 30 de la Ley 1150 de 2007 *“por medio de la cual se introducen medidas para eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos.”*; Expediente D-6893, Magistrado Ponente: Dr. Jaime Córdoba Triviño
- Corte Constitucional, sentencia C-693 de 9 de Julio de 2008, Demanda de inconstitucionalidad contra el inciso 2° del artículo 21 de la Ley 1150 de 2007, *“por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos.”*, Expediente: D-7077, Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.

- Corte Constitucional, Sentencia C-862 de 3 de septiembre de 2008, Demanda de Inconstitucionalidad contra el parágrafo 3 del artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, Magistrado Ponente: Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra; Expediente: D-7166.
- Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C- 713 de 2009, Expediente D-7663, Magistrada Ponente María Victoria Calle Correa, 7 de octubre de 2009.
- Corte Constitucional, Sala Plena, Demanda de inconstitucionalidad contra el numeral 4 del artículo 50 de la Ley 1142 de 2007; Sentencia C-185 de 16 de marzo de 2011, Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto; Expediente D-8198.
- Corte Constitucional, Sala Quinta, Sentencia T 468 de 5 de Junio de 2003, Expediente: T-515421, Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Proceso 21547, 9 de febrero de 2005, Magistrada Ponente: Marina Pulido de Barón).
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Proceso 29206, 15 de mayo de 2008, Magistrado Ponente: Yesid Ramírez Bastidas.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Proceso Número: 25104, Sentencia de fecha 5 de Noviembre de 2008, Magistrado Ponente: Dr. Jorge Luis Quintero Milanés.
- DANE (2009). Ficha técnica, sistema de información del medio ambiente, Fecha de consulta (2 de septiembre de 2015) tomado de: https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/pib/ambientales/Sima/diversidad_biolologica.pdf
- Decreto 1760. (26 de JUNIO de 2004). *Por el cual se escinde la Empresa Colombiana de Petróleos, Ecopetrol, se modifica su estructura orgánica y se crean la Agencia Nacional de Hidrocarburos y la sociedad Promotora de Energía de Colombia S. A.*
- Decreto 714. (10 de ABRIL de 2012). Diario Oficial No. 48.397.
- Decreto 2041. (15 de Octubre de 2014). *Por el cual se reglamenta el Título VIII de la Ley 99 de 1993 sobre licencias ambientales.* Bogotá D.C.
- Del Regno, L. (DICIEMBRE de 2010). Evaluación de proyectos y el riesgo: Un enfoque para la industria del petróleo y gas. Revista: PETROTECNIA, 56 - 73.
- Departamento Nacional de Planeación. (2011). *CONPES 3714.* Bogotá D.C.: Ministerio de Hacienda y Crédito Público.
- Duran, M. (2005). El Contrato de Exploración y explotación de hidrocarburos de la Agencia Nacional de Hidrocarburos. En V. Autores, Temas mineros y petroleros (págs. 125-170). Bogotá: Colegio de Abogados.

Economía y Negocios. (23 de julio de 2014). Trabas para operar pesaron en la subasta petrolera. *EL TIEMPO*.

ECOPETROL.. Estatutos Sociales de Ecopetrol. 6 de Noviembre de 2007

ECOPETROL. Manual de Contratación ECOPETROL SA. 7 de Diciembre de 2007. BOGOTA.

ECOPETROL. (13 de mayo de 2011). *Quienes somos: Marco Legal*. Obtenido de <http://www.ecopetrol.com.co/contenido.aspx?catID=30&conID=38178>

ECOPETROL. (s.f.). *ECOPETROL. El petroleo y su mundo*: <http://www.ecopetrol.com.co/especiales/elpetroleoysumundo/petroleoencolombia3.htm>

Escobar, M. I. (2008). Manual de Gestión para la exploracion y prodccion de hidrocarburos en áreas socialmente sencibles. Bogotá: Agencia Nacional de Hidrocarburos - ANH.

Extranet. (s.f.). Extranet Sector De Energia Y Minas. Guía Para Procedimientos Energeticos Regionales: http://extranet.minem.gob.pe/guiaregional/energia/index_html?ls_preguntaID=3

Gomez Lee, I. D. (2010). *Contratación visible: Manual para un buen control de recursos en la contratación pública*. Bogotá D.C: Auditoria General de la República en coedición con el Instituto de Estudios del Ministerio Público.

Hernandez, A. (2010). *La visibilización estadística de los grupos étnicos Colombianos*. Bogotá D.C.: Documento DANE, Imprenta Nacional.

Herrera Robles, A. (2012). Aspectos Generales del Derecho Administrativo Colombiano (Tercera Edicion ed.). Barranquilla: Universidad del Norte.

Ibañez Najar, J. E. (2007). Estudios de Derecho Constitucional y Administrativo. LEGIS.

Ibañez, Jorge (2009), Consolidación Institucional del Sector de Hidrocarburos, Agencia Nacional de Hidrocarburos, trabajo final de consultoria del Contrato 56 de 2009.

Kraus, Richard S., Capitulo 75. Petróleo: Prospección y perforación, Industrias Basadas en Recursos Naturales, enciclopedia de salud y seguridad en el trabajo <http://www.google.com.co/url?sa=t&rct=j&q=etapa%20de%20prospeccion%20petroleo&source=web&cd=3&ved=0CDsQFjAC&url=http%3A%2F%2Fwww.insht.es%2FInshtWeb%2FContenidos%2FDocumentacion%2FTextosOnline%2FEnciclopediaOIT%2Ftomo3%2F75.pdf&ei=KKIPT9awFYLwggecjs3JAw&u>

Lahoud, G. O. (2004). *La Imporatancia De Los Recursos Naturales Renovables Y No Renovables Para La Defensa Nacional*. Tomado de IDICSO: <http://www.salvador.edu.ar/csoc/idicso/docs/arep004.pdf>

Ley 1118 del 27 de diciembre de 2006. *Por la cual se modifica la naturaleza juridica de ecopetrol sa y se dictan otras disposiciones*.

Ley 80 del 28 de Octubre de 1993. *Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública*. Bogotá D.C.: Diario Oficial No. 41094 de 28 de Octubre de 1993.

Ley 685 de 15 de agosto 2001 “Por medio del cual se expide el Código de Minas y se dictan otras disposiciones.

Ley 20 de 22 de diciembre 1969 “Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre minas e hidrocarburos”.

Ley 97 de 17 de diciembre de 1993 “Por la cual se interpreta con autoridad la Ley 20 de 1969 y se dictan otras disposiciones”. Diario Oficial No. 41143 de 20 de diciembre de 1993. Congreso Nacional de la República de Colombia.

Ley 10 de 16 marzo de 1961, ‘Por la cual se dictan disposiciones en el ramo de petróleos’, Diario Oficial No. 30477 del 27 de marzo de 1961. Congreso de la República

López, Enrique y otros (2012), La economía Petrolera en Colombia. Marco legal contractual y principales eslabones de la cadena de producción, Revista Borradores de Economía Num. 692, Banco de la República

Lowe, J. S. (2003). Legal Incentives And Constraints To Competition For Capital. *Simposio colombiano de contratacion y regulacion petrolera*. Cartagena.

Lloreda Rodrigo, Pronunciamiento a la revocatoria de la licencia ambiental del Bloque Serranía, Asociación Colombiana del Petroleo ACP, 20 de abril de 2016, tomado de <https://www.acp.com.co/index.php/es/sala-de-prensa/comunicados-de-prensa/774-pronunciamiento-con-relacion-a-la-revocatoria-de-la-licencia-ambiental-del-bloque-serrania>, fecha de consulta 3 de mayo de 2016

Medinaceli Monroy, M. (Febrero, 2010). *Contratos de exploracion y explotacion de hidrocarburos: América del sur 2009*. Organización latinoamericana de energia, OLADE.

Mena De Quevedo Margarita. (2006). *Jaque Mate A Ecopetrol*. Bogotá: 3R EDITORES.

Moncada, L. A. (2011). La Contratacion Petrolera Colombiana Y Su Desarrollo Contractual Sobre El Riesgo Exploratorio Y El Reconocimiento De Sus Costos. En V. autores, *Temas De Derecho Petrolero* (págs. 81-97). Bogotá: Universidad Externado De Colombia.

Mora Contreras, Jesús (2011), Contratos de exploración y producción de petróleo: Origen y Evolución, Universidad de Los Andes Venezuela, Facultad de ciencias economicas y sociales Departamento de economía, tomado de: http://www.saber.ula.ve/bitstream/123456789/34650/1/contratos_petroleros.pdf, fecha de consulta: 19 de enero de 2016

OIT. (1989). Convenio 169, 1989. *Convenio sobre pueblos indigenas y tribales*.

- Openoil y Corcaid. (2013). *Oil Contracts – How to Read and Understand them*. Calgary: OpenOil UG.
- Ortiz, H. J. (2013). *Petróleo*. Bogotá: INDEPAZ EDICIONES.
- Palacio Jaramillo, M. T. (2004). Clausulas Exorbitantes. *Revista de Derecho Público*, 101 - 110.
- Palacio Jaramillo, M. T. (2008). Derogatoria de la garantía de utilidad de Contratista frente al reconocimiento del equilibrio economico del contrato. *V Jornadas de Contratación estatal*. Bogotá: Universidad de los Andes.
- Paris Santamaria, E. F. (2004). *Breve historia de la contratacion petrolera en Colombia*. Bogotá: Impresion Papelmarket.
- Pelaez Garcia, K. (2009). Análisis de viabilidad del campo drago de petroecuador en el oriente ecuatoriano. Quito, Ecuador: Universidad Andina Simon Bolivar, Sede Ecuador.
- Pigretti, E. A. (2014). *Régimen juridico del petróleo y gas natural en la República de Argentina*. Buenos Aires: Editorial Dunken.
- Pino Ricci, J. (2005). *El régimen juridico de los contratos estatales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Plata, S. (2010). *Los riesgos de la Actividad Petrolera Colombiana*. Tomado de Fundacion Mapfre:
https://www.fundacionmapfre.org/documentacion/.../il8n/catalogo_imagenes/grupo.cmd?path=1060788.
- Ponce De Leon, L. (1996). *Metodología del Derecho*. México DF: Porrúa SA.
- Presidencia de La República. (7 de Diciembre de 1995). Decreto 2164. Bogotá: Diario Oficial No. 42.140.
- Presidencia de la Republica. (13 de Abril de 2011). Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014. *Prosperidad para todos*. Bogotá D.C.
- Presidencia de la República. Decreto 1082 de 26 de mayo de 2015. *Por medio del cual se expide el decreto único reglamentario del sector administrativo de planeación nacional*. Bogotá.
- Presidencia De La Republica De Colombia. Decreto 1056 20 de Abril de 1953. *Por el cual se expide el código de petroleos*. Bogotá: Diario Oficial No. 28199 16 Mayo de 1953.
- Presidencia de la República, Ministerio del Interior. Decreto 1320 de 13 de Julio de 1998. *Por el cual se reglamenta la consulta previa con las comunidades indígenas y negras para la explotación de los recursos naturales dentro de su territorio*. . Diario Oficial No. 43.340 de 15 de Julio de 1998.

- Presidencia de la República, Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Decreto 2113 de 29 de Diciembre de 1992. *Por el cual se reestructura el instituto colombiano geografico "Agustin Codazzi"*. Bogotá D.C.: Diario Oficial No. 40.703, de 31 de diciembre de 1992.
- Presidencia de la República, Ministerio de Minas. Decreto 4131 de 3 de Noviembre de 2011 . *Por el cual se cambia la Naturaleza Jurídica del Instituto Colombiano de Geología y Minería (Ingeominas)*. Bogotá D.C.: Diario Oficial No. 48.242.
- Presidencia de la Republica. Decreto 1348 de 8 de Julio de 1961 . *Por el cul se reglamenta la Ley 10 de marzo de 16 de marzo de 1961*. Bogotá: Diario Oficial No. 30557 de 8 Julio de 1961.
- Presidencia de la República. Decreto 4137 de 3 de Noviembre de 2011. *Por el cual se cambia la naturaleza Jurídica a la Agencia Nacional de Hidrocarburos - ANH*. Bogotá: Diario Oficial No. 48242 de 3 Noviembre de 2011.
- Procuraduría General de la Nación y otros (2011), Recomendaciones para optimizar la gestión contractual de las entidades públicas que no se rigen por el estatuto general de Contratación Pública, Circular Conjunta No. 34 del 28 de octubre de 2011 de Procurador General de la Nación, auditor General de la República, Contraloría Departamental de Santander. Bogotá.
- Quintero, A. M., & Mutis, A. V. (1995). *Los Contratos Del Estado En La Ley 80 De 1993*. Bogotá, COLOMBIA: TEMIS.
- Ramirez, H. F. (2008). *Biblioteca virtual de Derecho, Economía, y Ciencias Sociales*. Tomado de EUMED.NET: <http://www.eumed.net/libros/2008c/465/CONTROL%20FISCAL.htm>
- Rengifo Carreño, A. A. (2007). *Control fiscal participativo* (PRIMERA EDICION ed.). Bucaramanga: Sic Editorial, Proyecto Cultural de Sistemas y Computadores SA.
- Revista Dinero. (30 de Octubre de 2015). *Revista Dinero*. Gobierno ultima detalles para contratación directa con petroleras: tomado de: <http://www.dinero.com/inversionistas/articulo/gobierno-ultima-detalles-para-contratacion-directa-petroleras/215468>
- Rojas Soriano, Raul (1983), *El proceso de la Investigación científica* , Tercera edición Editorial Trillas, Mexico D.F.
- Severo Guiannini, M. (1991). *Derecho Administrativo*. Madrid: Ministerio para las Administraciones Publicas.
- Stewart, L. (2011). *La busqueda del petroleo y gas*. Tomado de Schlumberger: https://www.slb.com/~media/Files/resources/oilfield_review/spanish11/sum11/definining_exploration.pdf
- Suarez Beltrán, G. (2014). *Estudios de Derecho Contractual Publico*. Bogota D.C.: LEGIS.

Vanegas Angarita, O. (2012). *Curso de legislacion y contratacion petrolera*. Bucaramanga: Universidad Industrial de Santander.

Vizcaino Gamez, J. M. (2002). *Manual De Procedimiento De La Contratacion Estatal* (Segunda Edición ed.). Bogotá D.C., COLOMBIA: LEGIS.